

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 13 – jul-dez de 2016

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

CONSELHO EDITORIAL

Ana Carolina Azevedo de Mello
Claudiney Alessandro Gonçalves
Diego Nassif da Silva
Edson Luiz Zanetti
Evaldo Gonçalves Leite
Fábio Henrique Curan
Flávia Wegrzyn Martinez
Gisele Falkowski
Hilda Moraes do Paraizo Ribeiro
Karina Correa de Freitas

Leila Regina Diogo Gonçalves Medina
Letícia Fátima Ribeiro
Luciano Ferreira Rodrigues Filho
Manuel Arnaldo Castillo Calle
Paula Cristina Gimenes Ribas
Renê Leal Bueno
Rodrigo Andrés Pérez Lisicic
Rossane Cristina Ferraz
Sílvia De Jesus Martins Silva
Vivian Leila de Oliveira Santos

COORDENAÇÃO

Ronny Carvalho da Silva

Os textos são de inteira responsabilidade de seus autores.

Revista Eletrônica da FEATI
Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti, v. 1, n. 13.
Ibaiti-PR: FEATI, jul-dez, 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.

APRESENTAÇÃO

Com grande entusiasmo, temos a honra de apresentar mais esta edição da Revista Eletrônica da FEATI, a qual traz a público o resultado das pesquisas científicas realizadas pelos alunos e professores vinculados ao Curso de Direito, bem como a contribuição de alguns convidados externos, que agigantam esta produção.

Nesta ocasião em que o Curso de Direito da FEATI comemora a nota 4 da avaliação do ENADE (Exame Nacional do Desempenho dos Estudantes do Ensino Superior), confirmando a qualidade do ensino jurídico oferecido, igualando o nosso Curso aos melhores do Brasil, a presente publicação revela a essência do ensino jurídico que proporcionamos na FEATI, o qual é pensado em termos de uma *praxis* humanista e ética, voltada à formação de pessoas que, no seio social, possam corresponder às expectativas de uma sociedade que se pretende mais inclusiva, fraterna e comprometida com a concretização dos valores fundamentais da pessoa humana.

As pesquisas apresentadas revelam a inquietação dos nossos alunos e professores pela compreensão do sistema jurídico e seus institutos, preocupando-se com a elaboração ou construção de uma praxeologia adequada, que tenha como característica primordial a mudança social, a inclusão, a pessoa humana e os direitos fundamentais.

Dos nossos alunos surge a discussão sobre a “harmonização do princípio da presunção de inocência com o princípio da efetividade da função jurisdicional”, bem como um artigo que analisa através da doutrina e jurisprudência “a inconstitucionalidade da relativização do princípio da presunção de inocência”, também há uma reflexão sobre “ressocialização no sistema penal brasileiro” e uma interessante análise sobre o chamado “erro judiciário” a partir do filme “Em nome do Pai”, adentrando-se na temática muito interessante sobre “a utilização do cinema no ensino jurídico como meio para a formação da cidadania”. Também dos nossos alunos é a análise “da qualidade de vida na terceira idade” elaborado a partir de uma pesquisa interdisciplinar em que realizaram entrevistas com pessoas da terceira idade da cidade de Conselheiro Mairink-PR.

Alguns de nossos brilhantes alunos apresentaram o início de suas pesquisas em formato de resumos, primeiramente falando sobre o “princípio da isonomia e a desigualdade tributária” e depois tratando sobre os “princípios da prova no processo do trabalho à luz do novo Código de Processo Civil”, este em co-autoria com nosso Professor Doutorando Diego Nassif da Silva. Por fim uma abordagem da necessária “educação em direitos humanos” e do “princípio do juiz natural e um olhar sobre a constitucionalidade dos ministros das altas cortes e dos desembargadores do quinto constitucional”.

De igual modo a produção do corpo docente de nossa instituição advém da brilhante pesquisa apresentada pelo Professor Me. Edson Luiz Zanetti, o qual trata da “Política Agrícola e seus instrumentos de efetivação”, bem como a análise literária promovida pela brilhante professora de Língua Portuguesa, Profa. Me. Ana Carolina de Azevedo Mello, sob o título “O Homem e o Cavalo, Oswald de Andrade: o teatro épico e a luta de classes”. Por fim, a contribuição da Profa. Gisele Falkowski a qual traz à tona a discussão sobre a *revenge porn* e as violações aos direitos personalíssimos ocorridas no mundo virtual.

Por fim, recebemos a grandiosa contribuição internacional do Prof. Manuel Arnaldo Castillo Calle, Professor de Direito Constitucional e Direitos Humanos na Universidade Nacional Maior de São Marcos – Peru, apresentando uma interessante análise do chamado “controle de convencionalidade e os critérios com base na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, além do prefácio que brilhantemente no honrou com sua contribuição o Prof. Doutor Rodrigo Pérez Lisicic da Universidade do Atacama – Chile. Assim, nosso Curso mostra sua vertente humanista e internacionalista, conectando-se com o pensamento jurídico de diferentes instituições espalhadas pelo mundo, visto que, de fato, a atualidade imprime a necessidade do reconhecimento de que “*somos criaturas do mundo*”, tal como Diógenes de Sinope já afirmava no século IV a.C., revelando precocemente uma visão cosmopolita, visão esta que, na atualidade, deve ser valorizada no processo de (re)pensar criticamente o fenômeno jurídico.

Desejo a todos que essas reflexões que aqui são apresentadas possam frutificar em transformação social concreta por meio da vivência e da prática dos institutos jurídicos constitucionalmente adequados e com vistas à valorização da pessoa humana. E seguiremos avante na pesquisa e na construção de uma consciência humanista em nossos alunos e na nossa sociedade.

Parabéns a todos e de modo especial ao Professor Mestre Luciano Rodrigues Ferreira Filho, que tem dirigido brilhantemente as pesquisas científicas junto ao nosso Curso de Direito da FEATI.

Ibaiti-PR; 05 de abril de 2017.

Prof. Me. RONNY CARVALHO DA SILVA
Coordenador do Curso de Direito da FEATI
Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra

PREFÁCIO

Miembros del Consejo Editorial de la presente edición de la Revista Electrónica FEATI me otorgan el honor de redactar esta breve consideración de conjunto a los artículos que aquí se publican.

La razón de mi sentimiento de gratitud se debe no sólo al trato fraterno que he recibido de parte del distinguido cuerpo académico de la Facultad de Educación, Administración y Tecnología de Ibaiti, donde he tenido oportunidad de expresar mis ideas sobre el Derecho constitucional contemporáneo en Congresos y seminarios organizados por ellos mismos, actividades en las que tuve la fortuna de conocer la calidad humana de profesores y profesoras tales como Ronny Carvalho da Silva, Luciano Ferreira Rodrigues Filho, Evaldo Gonçalves Leite y Edmilsa Bonin Braga. Ruego al lector me disculpe la omisión de los nombres de maestros y estudiantes que no he mencionado en esta presentación.

Asimismo, mi sentimiento de gratitud también se debe a la calidad científica y muy especial comprensión del mundo que ha sido capaz de desarrollar la comunidad universitaria de FEATI a través de su Revista Electrónica. La Edición Nº 13 reivindica la tradición multi e interdisciplinaria que tanto caracteriza al conjunto de saberes vinculados a las ciencias jurídicas y sociales brasileña. Los artículos que aquí se presentan constituyen los trabajos defendidos en el Congreso de Iniciación del Curso de Derecho en la ciudad de Ibaiti, y que abordan con gran originalidad las preocupaciones permanentes en las ciencias jurídicas y sociales que trascienden las fronteras del Brasil.

Destaco y subrayo la sensibilidad intelectual de los maestros y maestras de FEATI por la propuesta de artículos y resúmenes con clara incidencia en derechos fundamentales y la manera de enriquecer su análisis recurriendo a otros saberes tales como las artes visuales, la historia y filosofía de la ciencia y de la política o, inclusive, la metodología del conocimiento fundante de la disciplina del Trabajo Social o Servicio Social. Cada una de estos saberes tiene oportunidad de iluminar los desafíos que enfrentan el Derecho penal contemporáneo y las dificultades que en el encuentran los derechos de presunción de inocencia o el derecho al debido proceso que, a lo largo del mundo, no cesan de afectar la vida de los ciudadanos y de extranjeros frente a la acción arbitraria del poder estatal. De igual manera, los artículos relacionados con la calidad del Derecho procesal o jurisdiccional, la política

criminal, la política pública sobre la Tercera Edad y la metodología de la enseñanza del Derecho son fuentes significativas para quienes se encuentran realizando cursos de formación jurídica como para quienes deseen realizar investigaciones en sus respectivas áreas de conocimiento.

Es mi sincero deseo que el lector pueda aprovechar la riqueza de enfoques metodológicos que la Revista Electrónica de FEATI una vez más ofrece a su comunidad local, nacional e internacional, restándome únicamente agradecer a las autoridades académicas, profesores y profesoras por brindar la oportunidad de expresarme a través de sus canales de comunicación y así llegar con mi palabra más allá de las fronteras que aprisionan nuestra cultura jurídica y social chilena.

Rodrigo Andrés Pérez Lisicic
rodrigo.perez@uda.cl
Profesor Asistente de Teoría del Estado y Derecho constitucional
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Atacama
Copiapó-Chile

SUMÁRIO

ARTIGOS

HARMONIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

| | |
|------------------------------------|----|
| <i>Claudia Ribeiro de Oliveira</i> | |
| <i>Clayton da Silva França</i> | |
| <i>Jucilaine da Silva Pinto</i> | |
| <i>Leandro de Paula</i> | |
| <i>Marlove Metzdorf</i> | 10 |

RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

| | |
|---|----|
| <i>Cleonice Fernandes Hora</i> | |
| <i>Gabriel Oliveira Krubniki</i> | |
| <i>Maria Eduarda Vilas Boas</i> | |
| <i>Rafaela Silva Santos</i> | |
| <i>Ronaldo Adriano de Miranda</i> | 32 |

ERRO JUDICIÁRIO – ANÁLISE DO FILME ‘EM NOME DO PAI’ EM CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

| | |
|--|----|
| <i>Aparecido Arnaldo da Silva</i> | |
| <i>Sâmela Marcielle Sene Bueno</i> | 48 |

A UTILIZAÇÃO DO CINEMA NO ENSINO JURÍDICO COMO MEIO PARA A FORMAÇÃO DA CIDADANIA: UMA VISÃO DO FILME “A SOCIEDADE DOS POETAS MORTOS”

| | |
|---|----|
| <i>Jackson Henrique da Silva</i> | |
| <i>João Victor Costa Custódio</i> | |
| <i>Larissa Gabriela da Silva Santos</i> | |
| <i>Pierre Alvetti</i> | 68 |

A QUALIDADE DE VIDA NA TERCEIRA IDADE: ENTREVISTAS COM USUÁRIOS DA ASSOCIAÇÃO DA TERCEIRA IDADE MAIRINQUENSE

| | |
|---|----|
| <i>Vívia Aparecida da Silva Ogg</i> | 78 |
|---|----|

A POLÍTICA AGRÍCOLA E SEUS INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO

| | |
|---------------------------------|-----|
| <i>Edson Luiz Zanetti</i> | 108 |
|---------------------------------|-----|

A INCONSTITUCIONALIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

| | |
|--|-----|
| <i>Lourival de Oliveira Junior</i> | 130 |
|--|-----|

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: CRITERIOS CON BASE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

| | |
|--|-----|
| <i>Manuel Arnaldo Castillo Calle</i> | 174 |
|--|-----|

O HOMEM E O CAVALO, OSWALD DE ANDRADE: O TEATRO ÉPICO E A LUTA DE CLASSES

| | |
|--|-----|
| <i>Ana Carolina de Azevedo Mello</i> | 222 |
|--|-----|

REVENGE PORN E AS AFRONTAS AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS NO MUNDO VIRTUAL

| | |
|---|-----|
| <i>Tatiana Manna Bellasalma e Silva</i> | |
| <i>Gisele Sanchez Falkowski</i> | 242 |

RESUMOS

PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A DESIGUALDADE TRIBUTÁRIA

Julio Cesar Reccanello Magalhães

Matheus Cesar Santos.....260

PRINCÍPIOS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Diego Nassif da Silva

Gabriel Maffud.....264

EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

Daniel Sato Lopes

Ketsia Moraes Ferreira

Larissa Cristina da Silva

Leonardo Henrique Fermino dos Santos

Monique Oliveira Porfírio.....268

O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E UM OLHAR SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DOS MINISTROS DAS ALTAS CORTES DE DOS DESEMBARGADORES DO QUINTO CONSTITUCIONAL

Julio Cesar Reccanello Magalhães.....272

ARTIGOS



HARMONIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Claudia Ribeiro de Oliveira¹
Clayton da Silva França
Jucilaine da Silva Pinto
Leandro de Paula
Marlove Metzdorf

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo realizar o exame do princípio da fundamentação à luz de princípios constitucionais e devido processo legal, contraditório, juiz natural, trânsito em julgado, presunção de inocência e falar sobre a harmonização do princípio da inocência com a da efetividade da função jurisdicional e do Estado Democrático de Direito. Com isto delimitou-se o conteúdo mínimo que uma decisão precisa comportar para ser considerada suficientemente motivada e legitimar a atividade jurisdicional, proporcionando uma tutela jurídica justa, efetiva, tempestiva e adequada, que atinge não só os sujeitos processuais, mas a sociedade enquanto fiscalizadora da função jurisdicional.

É sabido que inexiste um único princípio vigente na maior parte dos ordenamentos jurídicos que adotam o sistema da “*Civil Law*”. Pelo contrário, há uma vasta variedade de princípios que, dependendo das especificidades de determinada situação fática, podem conflitar entre si, exigindo-se um esforço hermenêutico a fim de se realizar uma leitura adequada sobre a real extensão e o alcance que cada princípio traz em seu cerne, para, em seguida, verificar qual deles será o mais adequado para solucionar o respectivo caso concreto. O princípio da presunção de inocência, objeto deste estudo, é contemplado, por alguns doutrinadores, em termos de presunção, enquanto outros fazem referência à posição do acusado durante o processo (estado de inocência ou de não-culpabilidade).

O objetivo deste trabalho está na necessidade de se estabelecer o alcance interpretativo do princípio da presunção de inocência, o qual só pode ter lugar quando num Estado Democrático de Direito, no pressuposto de que somos todos

¹ Acadêmicos do curso de Direito pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibatí, FEATI- UNIESP.

iguais perante a lei, formal e materialmente, nos termos do art. 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, for levado a cabo.

Em oposição à interpretação hermética e isolada dos caracteres da presunção de inocência, há a necessidade inafastável de se sopesar o princípio da segurança pública, este de mesma envergadura constitucional, o qual constitui causa para que se pondere o direito à liberdade do réu até que se configure o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em inúmeros casos, a Constituição apresenta mais garantias ou princípios aparentemente conflitantes. Quando isso acontece, tais princípios-garantias constitucionais devem ser interpretados de forma a se conciliarem, sem que isso signifique cumprir uma ou excluir a outra de forma absoluta. Evidente que o princípio em tela não foi gerado para determinar resultados temerosos, devendo, pois, ser aplicado com cautela e sabedoria, e não de forma indiscriminada e irresponsável.

Deve-se ressaltar, por fim, que este trabalho tem por finalidade precípua debater os reflexos do princípio-garantia da presunção de inocência frente ao ineficaz sistema de persecução penal “*in judicio*”, cujos traços marcantes são a morosidade e a impunidade de grande número de infratores, devido aos incontáveis anos para que o Superior Tribunal de Justiça e/ou o Supremo Tribunal Federal – STF enfrente as questões de direito, encerrando-se assim a fase cognitiva do processo.

PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO PROCESSUAL

O Estado procede a composição da lide através do processo, aplicando o direito ao caso concreto, devendo sempre ser aplicado de forma justa, mas para tanto, devem ser observados os princípios informadores do Direito Processual, conforme discriminados abaixo:

Princípio da Ampla Defesa

Ao réu é concedido o direito de variados métodos para se defender de sua acusação, merecendo um tratamento justo e diferenciado se for considerado hipossuficiente, uma vez que o Estado sempre será a parte mais forte.

Implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) (CF,

artigo 5º, LV) e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, artigo 5º, LXXIV). Desse princípio também decorre a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar. (CAPEZ, 2012, p. 65,66).

A ampla defesa gera vários direitos que são exclusivos ao réu, como por exemplo, ajuizar revisão criminal, (o que é vedado à acusação), bem como a verificação da eficiência do magistrado pela sua defesa, que poderá desconstituir o advogado do réu, que terá de escolher outro, ou nomear um dativo.

Princípio da Plenitude de Defesa

Segundo Nucci (2014, p.26), "no Tribunal do Júri, busca-se garantir ao réu não somente uma defesa ampla, mas plena, completa, a mais próxima possível do perfeito" (artigo 5º, XXXVIII, a, CF).

Ampla quer dizer vasto, largo, muito grande, rico, abundante, copioso; pleno significa repleto, completo, absoluto, cabal, perfeito. O segundo é, evidentemente, mais forte que o primeiro. Assim, no processo criminal, perante o Juiz Togado, tem o acusado assegurada a ampla defesa, isto é, vasta possibilidade de se defender.

Por outro lado, no Tribunal do Júri, torna-se indispensável que a defesa atue de modo completo e perfeito. A intenção do constituinte foi aplicar ao Tribunal Popular um método que privilegie a defesa, em caso de confronto inafastável com a acusação, homenageando a sua plenitude. (NUCCI, 2014, p.26).

Princípio da Presunção do Estado de Inocência

Também é conhecido como estado de inocência ou da não culpabilidade, o que significa que à todo acusado é presumido ser inocente, até que seja declarado culpado, com sentença transitada em julgado. Tal previsão está descrita na CF, em seu artigo 5º, LVII.

O objetivo é garantir que o ônus da prova caiba à acusação e não à defesa.

Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que os indivíduos inocentes somente podem ser elevados ao cárcere quando realmente for útil a instrução e à ordem pública. (NUCCI, 2014 p.64).

Este princípio impede que as pessoas se auto acusem, uma vez que lhes são de direito o silêncio.

Segundo Facchin (2012, p. 310), enquanto o acusado não tiver contra si uma sentença penal, devidamente transitada em julgado, ele não poderá ser considerado culpado e não se submete ao “*status*” de condenado.

Princípio do Contraditório

É um princípio ligado ao processo, sendo de direito tanto da acusação quanto da defesa.

Se uma parte invoca uma questão de direito, não há sempre necessidade de ouvir a parte contrária, bastando que o juiz aplique a lei ao caso concreto. Aliás, é o que ocorre nos memoriais: primeiro manifesta-se a acusação; depois, fala a defesa, não sendo necessário ouvir novamente o órgão acusatório, embora possam ter sido invocadas questões de direito, analisando a prova produzida. (NUCCI, p.67).

Durante o processo, diante de todas as alegações ou provas feitas por uma das partes, tem a parte contrária o direito de se manifestar.

O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido [...]. O artigo 261 do Código de Processo Penal determina que: “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. O seu parágrafo único, acrescentado pela Lei n.10.792, de 1º de dezembro de 2003, por sua vez, prevê que “A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”. Finalmente, dispõe o artigo 263 (CPP) que, “se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação”. (CAPEZ, 2012, p.79).

A lei exige a observância deste princípio sob pena de nulidade processual.

Princípio do Juiz Natural

É um dos princípios fundamentais da ação jurisdicional.

Eis que intimamente relacionado com a imparcialidade do juízo, a garantia do juiz natural foi trazida para o direito brasileiro, desde o início, em seu duplice aspecto: a) proibição de juízo ou tribunal de exceção (tribunal ad hoc), isto é, criado ex post facto para o julgamento de um determinado caso concreto ou pessoa (CF, artigo 5º, XXXVII); b) garantia do juiz competente (CF, artigo 5º, LIII), segundo a qual ninguém será subtraído ao seu juiz constitucionalmente competente. (CAPEZ, 2012, p.55).

Todos têm a garantia constitucional de serem julgados somente pelo Poder Judiciário. Juiz natural é aquele conhecido, independente e imparcial. Deste princípio também compreende a proibição da criação de tribunais de exceção.

Igualdade das Partes (Isonomia Processual e Paridade de Armas)

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, I, assevera que todos são iguais perante a lei.

No processo, o juiz deve assegurar às partes igualdade de tratamento, esse princípio também está no novo CPC em seu artigo 139, I.

No âmbito processual, é possível que a lei estabeleça certas regras em favor de determinada parte em detrimento da outra. Isto se dá para assegurar uma igualdade não apenas formal, mas sobretudo material (substancial) entre os litigantes. Aplica-se a parêmia segundo a qual *há isonomia quando se trata igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.* (ALMEIDA, 2010, p.40,41).

As partes devem ser tratadas nas mesmas condições. Quando são as partes iguais, tratamentos iguais e se forem diferentes, tratamentos diferentes, com as mesmas armas e condições.

Proibição de Provas Ilícitas

A Constituição veda a prova ilícita, que não é admitida, no processo, provas obtidas por meio ilícito, isto está materializado no artigo 5º, LVI “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Esse princípio rege todo o Direito, desde o processo civil, trabalho e penal e também ao processo administrativo.

RHC 121430/BA - BAHIA
RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO
Julgamento: 09/08/2016
Órgão Julgador: Primeira Turma
Publicação
PROCESSO ELETRÔNICO
DJe-226 DIVULG 21-10-2016 PUBLIC 24-10-2016
Ementa
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – LEI PRÓPRIA. O artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal tutela o sigilo das comunicações telefônicas, admitindo o afastamento, para fins de investigação criminal e de instrução processual penal, por meio de lei própria, advinda em 1996 – Lei nº 9.296. Captação anterior pelo Estado, ainda que com a anuência de um dos

interlocutores, na modalidade escuta, mostra-se ilícita. DELAÇÃO – RAZÃO DA CONDENAÇÃO – INSUFICIÊNCIA. A delação do corréu, por si só, não respalda a condenação, especialmente quando não confirmada em Juízo.

Decisão

Por maioria de votos, a Turma deu parcial provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso, Presidente. 1ª Turma, 9.8.2016.

Observação

- Acórdão(s) citado(s):

(INVALIDADE, PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO, TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA)

(RHC 121430/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/08/2016).

O STF já classificou prova ilícita como fruto podre de uma árvore, afirmando que esta fruta contamina toda a prova lícita.

Princípio de que Ninguém é Obrigado a Produzir Prova Contra Si Mesmo

Esse princípio está implicitamente previsto no artigo 5º da Constituição Federal, a partir da conjugação dos princípios da ampla defesa (inciso LV), da presunção da inocência (inciso LVII) e do direito ao silêncio (inciso LXIII).

A vedação da autoincriminação recebeu a seguinte acolhida do Supremo Tribunal Federal:

O privilégio contra a autoincriminação traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, assegurado à qualquer indiciado ou imputado pelo artigo 5º, inciso LXIII. [...] Este direito é plenamente oponível ao Estado e aos seus agentes. Atua como poderoso fator de limitação das próprias atividades persecutórias desenvolvidas, na esfera penal, pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes e Tribunais). Cabe registrar que a cláusula legitimadora do direito ao silêncio, ao explicar, agora em sede Constitucional, o postulado segundo o qual *nemo tenetur se detegere*, nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda que compõe o *Bill of Rights* norte-americano. Na realidade, ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. (STF, Pleno, VC 78.814-9/PR, Medida Liminar, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, p.03, 8.2.1999 apud ALMEIDA, 2010, p.53).

Todo ser humano está imune da autoacusação, ou seja, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, sendo permitido ao réu o direito de manter-se calado sem que sua situação processual seja prejudicada.

Duração Razoável do Processo

É dever do Estado procurar decidir, por seus meios, a todos os processos, no menor tempo possível, fazendo com que as partes economizem tempo e recursos.

Este princípio está duplamente protegido, tanto na lei 9.099/95 em seu artigo 62, como pela Constituição que em sua Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário) tornou-o explícito no artigo 5º, LXXVIII: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA COMO CLÁUSULA PÉTREA

Toda pessoa tem constitucionalmente garantido o direito de presunção de inocência, até que seja provado o contrário, através de provas, não podendo ela ser presa arbitrariamente, salvo em hipóteses de flagrante, prevenção, sentença condenatória recorrível, obstrução da justiça etc.

Toda pessoa tem em seu favor a presunção de inocência. Essa condição somente deixará de existir após transitar em julgado uma sentença penal condenatória (art.5º, inciso LVII). Até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o réu tem o direito público subjetivo de não ser classificado no "status" de condenado.

Enquanto o acusado não tiver contra si uma sentença penal, devidamente transitada em julgado, ele não poderá ser considerado culpado e não se submete às regras, (direitos e deveres) atribuídos ao condenado. (Facchin, 2012, pág. 310-311).

Sendo assim a pessoa que tiver contra si, apenas processo em trâmite, não poderá estar presa como se já estivesse condenada, pois não passou pelo devido processo legal. Ainda, se o processo estiver em tramitação, não quer dizer que esta pessoa seja "inocente ou culpada".

O princípio da presunção de inocência não significa que o indivíduo não passa ser preso, pois ele pode perder a liberdade mesmo antes do julgamento da lide. É o que ocorre nas hipóteses de prisão preventiva, prisão decorrente de pronúncia, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, prisão em flagrante delito e prisão temporária. Nessas hipóteses, a decisão construtiva da

liberdade individual decorrerá de motivos específicos, o que não retira do indivíduo a condição de inocente. (Facchin, 2012, pág. 311).

Nesse princípio a pessoa pode, sim, ficar “presa ou detida” em casos de flagrante, prevenção, sentença condenatória recorrível etc, não sendo tirada da pessoa a condição de inocência.

Hachem cita em seu artigo que somente se pode alterar cláusulas pétreas através do poder constituinte originário, sendo vedado ao poder constituinte reformador fazer alterações na constituição, sendo que nem mesmo o STF, guardião da constituição o poderá fazer.

Presunção De Inocência Como Cláusula Pétrea: Se nem o poder de reforma da Constituição está autorizado a eliminar direitos e garantias fundamentais, admitir que o STF possa restringir o núcleo essencial de direitos fundamentais contrariando a literalidade do texto constitucional é um contrassenso.

A Constituição brasileira prevê, no art. 60, §4º, IV, que não serão aprovadas emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais. A previsão de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” encontra-se protegida entre essas cláusulas pétreas. O constituinte impôs essa proibição em um momento de lucidez, de amplo debate democrático, que contou com a participação dos mais diversos segmentos da sociedade, para evitar que súbitos emocionais experimentados por maiorias eventuais no Parlamento viessem a degradar a essência da Constituição. Se o poder reformador decidisse eliminar essas normas, teria de invocar o poder constituinte e criar uma nova ordem constitucional, pois a anterior não poderia sobreviver se lhe fossem retiradas essas disposições fundamentais. Eliminar uma cláusula pétrea é como retirar o coração do sistema constitucional, ferindo-o de morte.

Pois bem. O poder reformador ostenta uma prerrogativa muito maior do que a do STF, pois lhe é autorizado modificar a Constituição quase que inteira – com exceção das cláusulas pétreas. Se nem mesmo esse poder de reforma está autorizado a eliminar direitos fundamentais, seria um flagrante contrassenso aceitar que o Supremo Tribunal Federal pudesse fazê-lo. Ao admitir a tese da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a Corte atingiu o núcleo essencial do direito fundamental à presunção de inocência, uma vez que só se pode aplicar pena quando houve crime; e só pode haver crime quando há antijuridicidade, tipicidade e culpabilidade; e só há culpabilidade quando alguém é considerado culpado. E segundo o art. 5º, LVII da Constituição, só se pode considerar alguém culpado após o trânsito em julgado da sentença penal. Assim, o principal objetivo desse dispositivo constitucional – seu núcleo essencial, portanto – é exatamente este: impedir que alguém seja considerado culpado (e, por consequência, tenha a sua liberdade restringida) antes de esgotados todos os recursos cabíveis. (Hachem, Daniel Wunder, 2016).

Na presunção de inocência, nem mesmo o poder reformador da Constituição, nem mesmo o STF estão autorizados a restringir ou alterar os direitos e garantias fundamentais, dos quais estão a presunção de inocência no seu (art. 5º, inciso

§LVII) da Constituição Federal, que diz ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Sendo um direito fundamental, também é uma cláusula pétrea que está previsto no (art. 60, §4º inciso IV), não sendo permitido que o Poder Constituinte Reformador ou o STF façam alterações nos textos das cláusulas pétreas.

Trânsito em Julgado - Significado e Nuances no CPP e CF

Diz-se que a demanda transitou em julgado quando a sentença tornou-se definitiva, não podendo mais ser modificada, seja por ter transcorrido o prazo para a interposição de eventuais recursos, seja por não caber mais recurso sobre ela.

Assim o Inciso LVII do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 nos diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

ÍNDICE DE IMPUNIDADE NO BRASIL

Somente cerca de 4 ou 5% dos homicídios no Brasil resultam em condenação.

De cada cem homicídios no Brasil apenas 8 são devidamente apurados (autoria e circunstâncias). Essa é a estimativa de Julio Jacobo Waiselfisz, que é coordenador da pesquisa Mapas da Violência 2011, último ano com informações disponíveis, divulgada pelo Ministério da Justiça. (O GLOBO de 09/05/11. p. 3 apud GOMES 23/05/11).

Segundo publicação do Jornal O Estado de São Paulo, o Brasil está entre os países com o mais alto nível de impunidade.

Para a ONU, o país não consegue nem mesmo cumprir as leis de direitos humanos, pois tem em sua história um histórico de violência vivenciado com a dizimação indígena, com a escravidão e com a ditadura militar e ainda acusa o governo de não conseguir traduzir na prática as leis nacionais de proteção aos direitos humanos e nem os diversos programas criados durante anos.

Como tem feito nos últimos dez anos em reuniões da ONU, o governo listou os diversos programas e iniciativas que adotou, "indicando o caminho para a ruptura do ciclo de impunidade e violência no País".

Entre os programas e instituições citadas estão o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e a criação de um Mecanismo Nacional de Combate à Tortura. [...].

Para o relator, a impunidade no Brasil "contribui para o aumento dos crimes violentos". Os suspeitos tentam resistir à prisão, já que sabem que serão torturados pelas forças de ordem. Em muitos casos, esses mesmos prisioneiros vão tentar se vingar da tortura que sofreram ao deixar a cadeia. "O espiral da violência criminal que afeta o Brasil é exacerbada pela impunidade que prevalece indicou.

Segundo a ONU, existe um protocolo do Ministério da Justiça para investigar homicídios. Mas não existe um para investigar casos atribuídos a forças de ordem. "Esforços significativos são feitos para torná-los invisíveis".(Chade, Jamil - Jornal O estado de São Paulo– 09/03/2016).

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Doutrinariamente, muito se discute de forma a delinear o melhor conceito para o princípio em questão, focando tais percepções, fundamentalmente, em relação à obrigatoriedade do reexame ser realizado por um órgão distinto e hierarquicamente superior em relação ao primeiro.

Para a doutrinadora Djanira Maria Radamés de Sá, o duplo grau de jurisdição versa na "possibilidade de reexame, de reapreciação da sentença definitiva proferida em determinada causa, por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão, normalmente de hierarquia superior"

Neste sentido, o citado reexame deve, necessariamente, ser feito por órgão diverso do qual prolatou a contestada decisão, embora, seu conceito, não deixe de forma taxativa que este órgão revisor pertença à hierarquia superior em relação ao prolator de sentença, posicionamento demonstrado pela utilização do termo "normalmente".

No mesmo foco, contudo de forma parcial, Oreste Nestor de Souza Laspro, caracteriza o instituto "[...] como sendo aquele sistema jurídico em que, para cada demanda, existe a possibilidade de duas decisões válidas e completas no mesmo processo, emanadas por juízes diferentes, prevalecendo sempre a segunda em relação à primeira". (Revista dos Tribunais, 1995).

Assim sendo, Laspro concomitante com o ideal de Djanira Maria Radamés de Sá, são claros em apontar que a segunda decisão deva ser provida por um juiz distinto daquele que apreciou a causa. Não obstante, em seguida, omite-se quanto à necessidade dessa nova decisão ser proferida por um órgão hierarquicamente superior, limitando-se somente em citar a existência de um predomínio da segunda decisão em relação à primeira.

Concluindo, em sentido absolutamente oposto, o renomado jurista Nelson Nery Junior, profere o que aos olhos de diversos doutrinadores, pode-se definir como o melhor conceito a respeito do duplo grau de jurisdição:

“Consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso. Não é necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso ou de categoria hierárquica superior a aquele que realizou o primeiro exame.” (Revista dos Tribunais, 1997).

DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O recurso extraordinário é remédio processual de competência exclusiva da instância máxima do Poder Judiciário e foi exatamente este instrumento que a Carta Magna previu para viabilizar a sua preservação.

Inicialmente, o recurso extraordinário destinava-se tanto a solução das questões federais, quanto às questões constitucionais. Entretanto, em razão dessa abertura verificou-se o acúmulo de recursos interpostos e a atividade do STF se tornou morosa. A esta morosidade denominaram de "crise do Supremo", onde se percebeu a necessidade gritante de estabelecer critérios ao recebimento do recurso extraordinário, porque o STF não mais atingia seu fim: uniformizar o direito federal.

Criou-se então, uma técnica de triagem dos recursos, que por uma evolução chegou a sua peculiaridade atual: o "sistema bipartido de admissibilidade do recurso extraordinário". Ademais, no decurso do tempo entendeu-se que não bastava apenas uma triagem e sim um fracionamento das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, ou seja, a repartição de competências do STF.

Através da Constituição Federal de 1988, o recurso extraordinário sofreu substanciais mudanças, e ainda, criou-se o STJ que substituindo o extinto Tribunal

Federal de Recursos fora destinado a precipuamente zelar pelas normas infraconstitucionais, no intuito de desafogar o STF que estava assoberbado de serviço.

É o recurso que tem por finalidade manter a guarda e a proteção da Constituição da República Federativa do Brasil. É um recurso especial e tem por finalidade a proteção do direito objetivo, ou seja, a norma jurídica, de natureza constitucional. O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário que prima pelo controle da constitucionalidade, resguardando as normas constitucionais e seus princípios basilares.

O recurso extraordinário está previsto no art. 102, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, e é cabível quando a decisão recorrida:

contrariar dispositivo desta constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. O recurso extraordinário constitui-se num verdadeiro instrumento de controle da constitucionalidade das leis. Inicialmente, no juízo de admissibilidade, bastará que a decisão a quo tenha declarado inconstitucional tratado ou lei federal, para que seja admitido o recurso extraordinário. Já no STF, será examinado minuciosamente o mérito, a fim de declarar se há inconstitucionalidade ou não;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. A alínea acrescentada pela EC nº 45/04 se encarregou de dar ao STF a oportunidade de julgar tal hipótese, sob o remédio do recurso extraordinário. A Lei é ato normativo que essencialmente deve ser editada por autoridade competente. E a Constituição Federal estabelece a competência legislativa: privativa, concorrente ou residual da União, Estados e Municípios.

A competência para julgar o recurso extraordinário é do Supremo Tribunal Federal, por meio de suas turmas. Competência exclusiva da instância máxima do judiciário e foi exatamente este instrumento que a Carta Magna previu para viabilizar a sua preservação.

Prazo: para a interposição do recurso extraordinário é de 15 dias contados da intimação da decisão recorrida.

Efeito do recurso extraordinário: é apenas devolutivo, portanto, o acórdão poderá ser executado provisoriamente (ver Súmulas 634 e 635 do STF).

DO RECURSO ESPECIAL

O recurso especial é recurso extraordinário lato sensu, pois também, como o recurso extraordinário em espécie, é remédio processual excepcional e com finalidade diferencial dos demais recursos, ou seja, a preservação da ordem pública, e neste, fracionadamente, das normas infraconstitucionais. E somente os acórdãos dos TRF's e dos Tribunais Estaduais ou do Distrito Federal ensejam o manejo do Recurso Especial.

O alcance de cognição dos recursos especial e extraordinário é muito limitado e por este motivo só admite-se a discussão de questão jurídica, eis a excepcionalidade destes recursos. A excepcionalidade está consubstanciada no fato de que se predomina o interesse da nacionalidade, e, por conseguinte busca-se a inteireza da legalidade.

É o recurso que tem por finalidade manter a hegemonia das leis infraconstitucionais, proteger o direito objetivo, ou seja, a norma jurídica de natureza infraconstitucional. O recurso especial está previsto no art. 105, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, e no art. 541 do Código de Processo Civil. O STJ passou a ser órgão de cúpula da Justiça Comum, tanto Estadual quanto Federal, ao lado das Justiças Especializadas.

Caberá Recurso Especial quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face da lei federal (alínea com redação dada pela EC nº 45/04). O STJ é competente para julgar recurso especial apenas em relação ao julgamento da validade do ato de governo local, enquanto que o STF ficou incumbido de apreciar a validade de lei local, vale destacar que ambos estarão vinculados à contestação em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

A competência para julgar o recurso especial é do Superior Tribunal de Justiça, por suas turmas, conforme previsão de seu Regimento Interno.

Entretanto, se o recurso extraordinário prejudicar o recurso especial, o relator sobrestará o julgamento deste, e, ato contínuo, remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento daquele recurso. Por outro lado, havendo entendimento divergente do relator do recurso especial, o Supremo Tribunal Federal devolverá os autos para o Superior Tribunal de Justiça, visando o julgamento do recurso especial, cuja decisão deverá ser acatada pelo relator supracitado.

Efeito: é apenas devolutivo, portanto, o acórdão poderá ser executado provisoriamente.

COMPARAÇÃO ENTRE O ART. 5º DA CF, LVII E LXI COM O ART. 283 CPP

Os direitos fundamentais são uma série de garantias asseguradas e previstas no Art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Os incisos LVII e LXI do mencionado artigo vislumbram que:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Temos aqui o princípio da presunção da inocência e do devido processo legal, que em consonância com o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, regulamenta quando haverá privação da liberdade:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Verifica-se que, embora já previsto na Constituição Federal, o legislador cuidou para o princípio da presunção da inocência estar igualmente previsto no Código de Processo Penal.

Acerca do devido processo legal, Nucci ensina que:

“O devido processo legal advém, nitidamente, do princípio da legalidade, pois, na Magna Carta, de 1215, assegurava-se que ninguém seria preso ou perderia seus

bens, caso não estivesse a decisão de acordo com a lei da terra. Essa lei nada mais era do que os costumes, advindos da sociedade. Portanto, não prevaleceria a vontade do soberano para a aplicação da punição, mas o costume reinante em sociedade. Após, transmudou-se a redação desse dispositivo para devido processo legal, representando, na essência, a mesma garantia, ou seja, ninguém deve ser preso senão em virtude da vontade soberana do povo, seja expressa por lei ou por costume”.

Já o princípio da presunção da inocência não quer dizer que o réu é inocente, mais sim, que deverá haver a sentença em trânsito em julgado para ser considerado culpado.

É possível perceber que as diferenças são pequenas, pois a Constituição assegura que *ninguém SERÁ preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada(...)*, já o Art. 283 assegura que *ninguém PODERÁ ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada(...)*.

A Constituição menciona que as transgressões militares ou crimes propriamente militares podem gerar a prisão sem os requisitos mencionados acima.

Já o art. 283 menciona sobre as prisões temporárias e preventivas, que são hipóteses de privação de liberdade, desde que no curso de investigação ou processo. Nucci ensina que “diante disso, salvo a hipótese da prisão em flagrante, que deve ser submetida, de todo modo, ao magistrado, após a sua formalização, a prisão cautelar deve ser decretada por juiz competente, mediante ordem escrita e fundamentada” (NUCCI, 2015, p. 767).

Ainda, as duas normas preveem que é necessário a *sentença penal condenatória transitada em julgado* para ser considerado culpado.

HARMONIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM A DA EFETIVIDADE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

O princípio da efetividade da função jurisdicional norteia que o Estado deve praticar a jurisdição com celeridade. Já o princípio da presunção da inocência, como já citado, deve garantir que ninguém perder a sua liberdade sem o devido processo legal e a sentença condenatória transitada em julgado.

O ministro do STF Teori Zavascki em decisão de fevereiro de 2016 do Habeas Corpus 126292, considerou constitucional a execução provisória da

sentença condenatória antes do transito em julgado, ou seja, antes de impetrar todos os recursos possíveis. (<http://stf.jusbrasil.com.br/>).

Alega o Ministro que:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

Considera que o princípio da presunção da inocência deve estar em equilíbrio com a efetividade da função jurisdicional, vez que, embora todo réu deva ser considerado inocente até o trânsito em julgado, a prestação jurisdicional não deve ser tão lenta, pois deve resguardar também, ao direito da sociedade.

Alega que as decisões em 1º e 2º já seriam suficientes para início do cumprimento da pena vez que:

Ao reiterar esses fundamentos, o Pleno do STF asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997).

Assim, o ministro defende que princípio da presunção de inocência não inibe a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário, pois o recurso à instâncias superiores não possuem efeito suspensivo, além de que, não há “desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória”.

Assevera que deve haver o benefício da presunção da inocência até a decisão, entretanto, a 2º decisão condenatória já seria suficiente para a execução da pena.

ACÇÃO DE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44

Tanto o Partido Ecológico Nacional (PEN) quanto o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram no Supremo Tribunal Federal

(STF) ações pedindo reconhecimento da norma do Código Processo Penal (CPP) que trata da presunção de inocência que em seu artigo 283 dispõe que "ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva".

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 43 foi proposta pelo Partido Ecológico Nacional, com o argumento de que a reformulação da jurisprudência ocorreu sem que tivesse sido examinado a constitucionalidade do novo teor do artigo 283 do CPP, introduzido em 2011, que estabeleceu a necessidade de trânsito em julgado para se iniciar o cumprimento da pena. A decisão é incompatível com a norma do CPP e, por este motivo, para fixar o parâmetro segundo o qual a condenação penal pode ser objeto de execução provisória, o STF teria que ter declarado sua inconstitucionalidade.

Em caráter cautelar, o PEN pede que não sejam deflagradas novas execuções provisórias de penas de prisão e que sejam suspensas as que já estiverem em curso. O partido também pede que, até o julgamento da ADC 43, sejam libertadas as pessoas que estão encarceradas sem decisão condenatória transitada em julgado.

Já na ADC 44, proposta pela OAB, a entidade alega que a decisão no HC 126292 tem gerado um "caloroso debate doutrinário" e uma grande controvérsia jurisprudencial quanto à relativização do princípio constitucional da presunção de inocência. Observa que, apesar da decisão do Plenário não ter efeito vinculante, os tribunais de todo país passaram a adotar posicionamento idêntico, "produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP", o que viola a cláusula de reserva de plenário, expressa no artigo 97, da Constituição Federal, e na Súmula Vinculante 10, do STF.

A OAB alega que, como o STF não se pronunciou quanto ao disposto no artigo 283 do CPP, tal omissão leva à conclusão de que o dispositivo permanece válido e, portanto, deve ser aplicado pelos tribunais estaduais e federais. Por isso, pede a concessão da medida cautelar para determinar a suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de segunda instância, com base no HC 126292, ignoraram o disposto no artigo 283 do CPP. No mérito, o conselho solicita a procedência da ação para declarar a constitucionalidade do dispositivo em questão, com eficácia *erga omnes* [para todos] e efeito vinculante. (STF, 30/09/16).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) iniciou o julgamento de medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44. O ministro Marco Aurélio, relator das duas ações, reconheceu a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP). O ministro votou no sentido de determinar a suspensão de execução provisória da pena que não tenha transitado em julgado e, ainda, pela libertação dos réus que tenham sido presos por causa do desprovimento de apelação e tenham recorrido ao Superior Tribunal de Justiça

(STJ), com exceção aos casos enquadráveis no artigo 312 do CPP, que trata da prisão preventiva.

No entendimento do relator, não há dúvida de que o artigo 283 do CPP se harmoniza ao princípio constitucional da não culpabilidade, [...]. Segundo ele, só pode ser considerado culpado após ser julgado em última instância.

A prisão antes do trânsito em julgado, explica o ministro, é uma exceção que ocorre apenas nos casos previstos no artigo 312 do CPP, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Para o relator, [...] é necessário primeiro que haja a formação da culpa para só depois prender.

Para o ministro pode ocorrer as exceções contidas no artigo 312 do CPP, onde a pessoa pode ser presa preventivamente e temporariamente nos casos de: ordem pública, econômica, para aplicação da lei penal, conveniência da instrução criminal, ou quando houver indício suficiente de culpa.

O ministro salientou que o artigo 283 do CPP, alterado pela Lei 12.453/2011, apenas concretiza, no campo do processo, a garantia constitucional explícita da não culpabilidade, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio STF. Segundo ele, a partir da decisão no HC 126292 o entendimento do Tribunal reverteu a compreensão da garantia que embasou a própria reforma do CPP.

“Revela-se quadro lamentável, no qual o legislador alinhou-se ao Diploma Básico, enquanto este Tribunal dele afastou-se. Descabe, em face da univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, enquanto última trincheira da cidadania”, sustentou.

O ministro observou que o pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, caso reformado o título.

[...] o ministro destacou que o alto grau de reversão das sentenças penais condenatórias no âmbito do Superior Tribunal de Justiça demonstra a necessidade de se esperar o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena [...].

Salientou ainda que números apresentados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo apontam que, em fevereiro de 2015, 54% dos recursos especiais interpostos pela instituição foram ao menos parcialmente providos pelo

STJ. Em março daquele ano, a taxa de êxito alcançou 65%. Os mesmos índices são em relação aos pedidos de habeas corpus, na razão de 48% em 2015 e de 49% até abril de 2016. (STF, 01-09-2016).

Segundo o ministro, é alto o índice de reversão de sentenças condenatórias em absolvições no STJ, por motivos de recursos, sendo por ele descartadas as execuções provisórias de penas que tenham transitado em julgado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da presunção de inocência deve ser empregado com critério e equilíbrio, buscando-se uma justa posição entre o direito de punir do Estado e o direito penal público subjetivo de liberdade do indivíduo. A medida a ser tomado preciso estar no meio-termo entre o respeito às garantias determinadas pela Constituição Federal como o devido processo legal, o contraditório, o princípio da dignidade, a plenitude de defesa etc. e a exigência da segurança social. Esta não pode sobrepor-se àquelas e vice-versa. O ponto de equilíbrio é aquele em que, resguardada a segurança social, a medida não se mostra injusta e desnecessária.

O precedente criado pelo STF que abre as portas das cadeias para criminosos condenados em até três instâncias judiciais, em nome do princípio da presunção da inocência, é uma violenta afronta à esmagadora maioria dos cidadãos brasileiros que vivem dentro da lei.

Aguardar um julgamento da Corte Suprema para iniciar o cumprimento de pena é inaceitável, ainda mais no infinito rol de recursos que o Brasil dispõe. Impõe-se abolir este excesso, cuja única finalidade é retardar os trâmites processuais, chegando mesmo à prescrição impeditiva do ato punitivo pelo Estado.

A presunção de inocência, princípio-garantia constitucional vislumbrado para o interesse da coletividade, tem sido mais útil aos que mais necessitam dele: os acusados. É necessário reverter esse quadro, aplicando-se corretamente esse enunciado e todos os demais princípios jurídicos que fazem retroceder a impunidade e a injustiça, como forma de devolver ao povo brasileiro a integridade de todos os seus direitos.

A criminalidade avança e nossos tribunais não estão sendo capazes de julgar milhares e milhares de processos criminais entravados num Judiciário falho e moroso. O Brasil segue por caminhos perigosos, pondo em risco o Estado

Democrático de Direito na medida em que alguns organismos estão ultrapassando os limites de suas atuações, ainda que com intuitos positivos, pois os fatos aqui expostos devem ser reavaliados, sobretudo naqueles casos em que se verifique, com a mais lúcida das certezas, a sua necessidade.

Não se recusa significação ao argumento do estado de inocência, mas ele não será relevante, no tangente às normas, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Com ressalva, negar efetividade às decisões condenatórias significa um enfraquecimento do próprio sistema judiciário concentrando imprópria de poder decisório nas cortes superiores, o que não é previsto na Constituição.

A forma através da qual o infrator é punido tem que ser eficaz e a pena deve ser justa, uma vez que o condenado deve estar recuperado quando sair da prisão, pronto para reincorporar-se à sociedade e não mais agir em desacordo com a lei. Valorizando o preso como pessoa humana, dignificando-o mesmo dentro da prisão, é o caminho para que ele se recupere de suas condutas delituosas. Há de se buscar discutir ações efetivas de redução dessa prática de crimes.

Conclui-se, pois, a necessidade de repensar as relações de autoridade, de força ou influência, e refletir de forma ética a respeito dos valores vigentes na sociedade contemporânea, na busca contínua do equilíbrio razoável e socialmente desejável, para que não se atinja o extremo da insegurança pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Teoria Geral do Processo**: Civil, Penal e Trabalhista. 2.ed. São Paulo: Método, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed., São Paulo:Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado,1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, Almedina: 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GIL, Rafaela Magalhães. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. São Leopoldo: UNISINOS, 2002. Monografia de graduação.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 11. ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1996.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 6 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos Recursos Cíveis**. 3. ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Cleonice Fernandes Hora¹
Gabriel Oliveira Krubniki
Maria Eduarda Vilas Boas
Rafaela Silva Santos
Ronaldo Adriano de Miranda

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo mostrar as formas que regem no ordenamento jurídico penal brasileiro, buscando visualizar formas de ressocialização do indivíduo que comete um crime ou ato infracional.

Para tanto imprescindível entender o que é sanção penal, seu conceito, fundamentos, dando especial atenção ao contido na Lei de Execução Penal, cujo art. 1º traz o objetivo geral da pena, que trata da tentativa de ressocializar aqueles indivíduos que cometeram a prática do crime ou infração penal, no intuito de dar condições para que estes voltem a viver em sociedade de forma digna.

A fim de melhor entender todo o processo, visualiza-se o regime de fixação de pena, os critérios utilizados para a punição do agente, e a forma de aplicação.

Tendo em vista que o sistema prisional brasileiro é deplorável, a busca pela ressocialização é um árduo caminho a ser percorrido, que envolve inúmeras medidas a serem aplicadas, dentre elas políticas públicas, envolvendo educação, trabalho, cultura.

SANÇÃO PENAL

É denominado Direito de Execução Penal o conjunto de normas jurídicas relativas à execução das penas e das medidas de segurança, trata-se de ramo autônomo do direito, regulada por seus próprios princípios. (AVENA, 2014 p.24).

Para tanto vale destacar o mencionado no item 11 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal:

"[...]seria inviável a pretensão de confirmar em diplomas hermético todas as situações jurídicas oriundas das relações estabelecidas por umas disciplina. Na Constituição existem normas processuais penais, como as proibições de detenção arbitrária, da pena de morte, da prisão perpétua e da prisão por

¹ Acadêmicos do curso de Direito pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti, FEATI- UNIESP.

divida. A Constituição consagra ainda regras característica da execução ao estabelecer a personalidade e a individualização da pena como garantia do homem perante ao Estado. Também no Código Penal existem regras de execução, destacando-se, dentre elas, as pertinentes aos estágios de cumprimento da pena e respectivos regimes prisionais". (AVENA, 2014 p.25)

Neste véis, pode se perceber que o Direito de Execução Penal tem estreita relação com o direito constitucional, o qual estabelece garantias individuais, com o direito penal, que disciplina diversos institutos relacionados a execução da pena e com o direito processual penal, que cuida do devido processo legal observando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Segundo CAPEZ, 2012 p.124, a sanção penal é acometida de dois tipos: a pena e a medida de segurança.

Neste mesmo sentido Cleber Masson leciona:

[...] As penas tem como pressuposto a culpabilidade. Com efeito, crime é o fato típico e ilícito, e a culpabilidade funciona como pressuposto de aplicação da pena. Destinam-se aos imputáveis e aos semi-imputáveis não perigosos. Já as medidas de segurança tem como pressuposto a periculosidade, e dirigem-se aos inimputáveis e aos semi-imputáveis dotados de periculosidade, pois necessitam no lugar da punição, de especial tratamento curativo. (MASSON, 2014, p.261)

Entende-se por pena, o poder do Estado de exercer o *ius puniend*, ou seja, a execução de uma sentença ao culpado pelo crime, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, tem por finalidade a aplicação da retribuição punitiva ao delinquente, a fim de promover sua readaptação social e prevenir novas transgressões à coletividade. (CAPEZ, 2012 p.223)

O art.1º da LEP diz que: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."

De acordo com o contido no art. 1º da Lei de Execução Penal o objetivo da pena é a tentativa de ressocializar aqueles indivíduos que cometeram a prática do crime ou infração penal, a fim de dar condições para que estes voltem a viver em sociedade de forma digna, fazendo com que o apenado estude e trabalhe, conquistando mão de obra qualificada e ensino médio completo, para que possa reabilitar-se perante a sociedade.

Para tanto verifica-se dois objetivos da execução penal, contido no artigo 1º da LEP, o primeiro é executar a pena de forma eficaz, submetendo o condenado ou

internado à sanção imposta pelo Estado, como forma preventiva. O segundo é garantir que esta execução seja procedida com o devido processo legal, respeitando a dignidade humana, para que a recuperação ou formação do condenado tenha legitimidade.

Vale destacar as palavras de Fernando Capez:

A pena tem um fim prático imediato de prevenção geral e especial do crime (punitur ne peccetur). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação social do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque tem medo de receber a punição). (CAPEZ, 2012, p.223).

Nesse sentido entende-se que, é mais viável retirar da sociedade o indivíduo que cometeu a infração, com a intenção de prevenir o mais rápido para que o indivíduo não volte a praticar o crime ou ato infracional.

O Código Penal Brasileiro no capítulo I, intitulado Das Espécies de Pena, traz o art. 32, in verbis:

As penas são:
I - Privativas de liberdade
II - restritivas de direitos
III - de multa

Segundo o art. XI, 2, da Declaração universal dos Direitos Humanos, aprovada pelo Brasil, "Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso".

Tem se ainda que nosso ordenamento jurídico penal seja regido por princípios constitucionais: legalidade, anterioridade, personalidade, individualidade, inderrogabilidade, proporcionalidade, humanidade. Ou seja, tais princípios são prerrogativas àqueles que responderão por prática de crime ou ato infracional, sendo que a pena deve ter previsão em lei vigente, a pena não pode passar da pessoa do condenado, é individual, sua punição deve ser imposta de acordo com a culpabilidade, salvo exceções a pena não pode ser deixada de ser aplicada, deve ser proporcional a conduta praticada pelo agente, e por fim humana, sendo vedada a

pena de morte, de prisão perpétua, trabalhos forçados, de banimento e das penas cruéis. (CAPEZ, 2012 p.224 a 225)

Teoricamente o sistema penal brasileiro rege-se pelos fundamentos acima elencados, intencionando-se a ressocialização do indivíduo que comete crime ou ato infracional, a fim de que o mesmo possa conviver em sociedade de forma justa, e digna, restabelecendo seu convívio social.

FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL

De acordo com o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, a privação ou restrição da liberdade.

A pena a ser imposta ao réu deverá passar por 03 (três) fases: a primeira, em que se incumbirá de fixar a pena-base. O juiz analisará as características do crime e as aplicará, tendo como circunstâncias judiciais a culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade; motivos do crime; circunstancia do crime; consequências do crime; comportamento da vítima, assim então não fugindo da pena mínima e nem da máxima, cominada pela lei penal. Critérios estes extraídos do art. 59, III do Código Penal.

A segunda fase trata da apuração das circunstâncias atenuantes e agravantes.

As Circunstâncias atenuantes são as constantes do art. 65 do Código Penal: ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença de 1º grau; ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; ter o agente cometido o crime sob influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Segundo Nucci 2014, p.430, "são circunstâncias de caráter objetivo ou subjetivo, que servem para expressar uma menor culpabilidade, sem qualquer ligação com a tipicidade".

De acordo com o artigo 66, do CP, "a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei", razão pela qual pode-se concluir que o rol das atenuantes do artigo 65 é exemplificativo.

As circunstâncias agravantes estão previstas no art. 61do Código Penal, in verbis:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

Além das circunstâncias contidas no referido artigo o código penal ainda prevê as circunstâncias agravantes no concurso de pessoas (artigo 62, do Código Penal).

Havendo o concurso entre as circunstâncias agravantes e as atenuantes o magistrado não deverá compensar uma pela outra e sim ponderar-se pelas circunstâncias preponderantes que, segundo o legislador, são aquelas que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

E, por fim, a terceira e última fase, que se encarregará da aplicação das causas de aumento e diminuição da pena para que, ao final, chegue ao total de pena que deverá ser cumprida pelo réu.

As causas de aumento e diminuição podem tanto estar previstas na Parte Geral do Código Penal (ex.: a tentativa, prevista no artigo 14, inciso II, que poderá diminuir a pena de um a dois terços) quanto na Parte Especial (ex.: no crime de aborto a pena será aplicada em dobro se ocorrer a morte da gestante - artigo 127).

A fixação do regime inicial se dá quando o juiz, ao prolatar a sentença condenatória, devendo para tanto fixar o regime no qual o condenado iniciará o

cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme os critérios previstos no art. 33 do Código Penal.

O juiz, quando vai fixar o regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade, deve observar quatro fatores: o tipo de pena aplicada: se reclusão ou detenção; o *quantum* da pena definitiva; se o condenado é reincidente ou não; as circunstâncias judiciais (art.59 do Código Penal).

A **Lei de Execução Penal** traz o que cada regime deve ter o Código Penal, é o responsável pela tipificação e **descrição dos regimes**.

No caso do Regime Fechado de cumprimento de pena ao réu reincidente que teve a pena-base fundamentadamente fixada acima do mínimo legal, ainda que condenado a pena inferior a quatro anos a pena tem que ser com uma máxima ou media segurança, gestantes e mães com recém-nascidos tem uma área especial. O condenado fica preso o dia todo e só sai para trabalhar em casos específicos. O regime inicial da detenção nunca será o fechado.

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

O condenado ao cumprimento de pena no regime inicial fechado será obrigatoriamente submetido a exame criminológico, nos termos do artigo 8.º da Lei de Execução Penal (LEP).

O trabalho do preso é disciplinado na Lei de Execução Penal, regendo-se pelos artigos 28 a 37 da Lei n.º 7.210/84, e no regime fechado ocorrerá dentro do estabelecimento prisional. Excepcionalmente, pode ser prestado em ambiente externo, desde que em serviços ou obras públicas. Em qualquer hipótese, ele não é amparado pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

O cumprimento desse regime, o condenado fica preso e sai somente para banhos de sol e para trabalhos internos.

O Regime semiaberto a execução de pena é em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. O cumprimento desse regime trabalha durante o dia, quer seja em colônias penais ou em outros locais e volta ao recolhimento no período

noturno. No Art. 35 – Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto. Aqui o preso pode ter moradia em locais em grupos e sua pena estará junto com seu serviço, um exemplo comum são a redução de pena a cada três dias trabalhados.

A pena de detenção é cumprida em regime semiaberto ou aberta. No Código Penal, no art. 33, parágrafo 2º deveram ser observados o mérito condenado. É progressivo, ou seja, todo condenado tem direito a avançar no cumprimento de sua pena diminuindo a rigidez do regime fechado, um dos objetivos do sistema é manter o criminoso mais periculosidade no regime mais rigorosos, separando os crimes menores dos maiores. O indivíduo não pode se afastar mais de 100 metros do local que se habita, mais o empregador tem o direito de se ressocializar e fiscalizar, qualquer problema que o apenado apresentar ele tem que comunicar a penitenciária onde cumpre sua pena.

EDUCAÇÃO E TRABALHO: INFLUENCIA NO EGRESSO

Quando se diz que a pena busca ressocializar o preso para o mesmo retornar reeducado para a sociedade, é necessário para que isso ocorra a existência de uma oferta de educação para o condenado, mesmo dentro dos presídios, este direito se vê garantido tanto na Constituição Federal.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (Constituição Federal, 1988)

Como também presente na Lei de execução penal:

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado. (Lei de Execução Penal, 1984)

A educação é uma forma de reinserção social do presidiário para que quando posto em liberdade retorne reeducado e assim seja reintegrado na sociedade não voltando a praticar delitos.

Por força de lei nº12.145, de 23-5-2010, tornou-se obrigatória a existência em todos os estabelecimentos penais de salas de aulas destinadas a cursos básicos e profissionalizantes (art.83 §4) (MIRABETE, FABBRINI, 2014)

Essa obrigatoriedade prevista em lei está bem longe de acontecer, é somente uma realidade de presídios de cidades maiores, ficando as carceragens de cidades menores a mercê de uma população carcerária sem as mínimas condições de educação, em qualquer que seja o nível.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa. (Lei de Execução Penal, 1984)

O artigo 18 da lei de execução penal traz o ensino em primeiro grau como obrigatoriedade, mas isso não é cumprido como a lei determina, é um direito muito importante para realizar a instrução de presidiários, reeducando-os e reinserindo na sociedade.

Menos da metade dos detentos brasileiros tem o ensino básico completo, o numero exato é de 46%, mostra o estudo realizado pelo Depen em 2011.

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.
Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição. (Lei de Execução Penal, 1984)

O ensino profissional não é obrigatório, porém é uma forma muito eficiente para recuperação do condenado, pois procedendo de tal forma ele teria uma formação profissional e sairia capacitado para procurar um emprego, assim não voltando para à praticar de crimes, com a pena servindo para recuperação do sentenciado.

A habilitação profissional é uma das exigências das funções utilitárias da pena, pois facilita a reinserção do condenado no convívio familiar, comunitário e social, afim que não volte a delinquir. (MIRABETE; FABBRINI, 2014)

Pode-se concluir que uma capacitação profissional oferecida dentro de prisões seria uma maneira de diminuir a criminalidade, tendo em vista que ao sair do sistema prisional o individuo teria uma maneira de buscar sustento e não optando pelo crime novamente.

O trabalho dentro do sistema penitenciário está previsto no artigo 28 da lei de execução penal:

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. (Lei de Execução Penal, 1984)

O trabalho tem uma finalidade reabilitadora e de reinserção social, ele promove a readaptação do preso, o prepara para uma profissão para que saia capacitado para realizá-la.

A aquisição de ofício ou profissão, fator decisivo à reincorporação social do preso, contribuirá para facilitar-lhe a estabilidade econômica assim que alcançar a liberdade. (MIRABETE; FABBRINI, 2014)

O trabalho junto com a profissionalização do preso é uma forma de promover a formação do presidiário para que não volte a delinquir, tendo uma vida honrosa, um meio de sustento, assim não precisando decidir-se pelo crime novamente. O trabalho prisional cumpre um direito que está previsto na constituição federal que é o da dignidade da pessoa humana, com caráter educativo. A profissionalização deve ser previsto nos trabalhos dentro da penitenciária, assim dando uma qualificação profissional. (MIRABETE, FABBRINI, 2014 p.)

Uma das principais dificuldades enfrentadas pelos ex-presidiários é o egresso, onde mesmo com a capacitação profissional adquirida dentro do presídio, ele enfrentara muitos preconceitos que o levará a voltar a delinquir.

É inevitável que o egresso normalmente encontre uma sociedade fechada, refratária, indiferente, egoísta e que, ela mesma o impulsione a delinquir de novo. (MIRABETE, FABBRINI, 2014)

A pena tem uma finalidade preventiva, retributiva, mas também tem uma finalidade ressocializadora, recuperadora, reeducadora ou educadora. Todas as finalidades da pena somente podem ser cumpridas com a educação, com o trabalho, com uma assistência dentro e fora do sistema prisional, com o fim da discriminação por ser ex-presidiário, com penas que olhem o caráter social do fato praticado e que assim ofertem uma forma de mudança presente na educação.

A educação tem um dever de estar em todos os sistemas prisionais brasileiro, com oferta de cursos para que os detentos mudem realmente os pensamentos e

busque uma vida fora do crime, sendo ressocializados dentro de uma sociedade. E a sociedade tem o dever de dar oportunidades e não excluir o indivíduo, pois assim ele será totalmente ressocializado. A mudança no sistema prisional brasileiro é necessária e também uma mudança no pensamento da sociedade em geral.

NOVA FORMA DE DOSIMETRIA DA PENA

Como já visto, a forma de aplicação da pena em nosso sistema penal é feita em três fases: a primeira delas são as circunstâncias judiciais, logo após é levado em conta os agravantes e atenuantes e a terceira delas é as causas de aumento e de diminuição da pena.

Na terceira fase de aplicação da pena referida no art.68, *caput*, do código penal, o juiz considerará as causas de aumento ou diminuição da pena. São elas estabelecidas na parte geral ou na parte especial do código penal, bem como em algumas leis penais extravagantes, com percentuais fixos ou variáveis de aumento ou diminuição da pena, mas sempre determinados (NETO, 2003)

A terceira fase é a única que a pena pode ir além do máximo ou além do mínimo previsto na lei, podendo trazer um benefício ou malefício para o acusado. As formas de aumento ou diminuição de pena estão previstas na parte geral e na parte especial do código penal, sendo que na parte especial as causas são trazidas junto a cada artigo, de forma específica. Já nos casos que estão previstos na parte geral são utilizadas nos casos em que se encaixam. O seu aumento é gradativo a quantia prevista em lei.

As causas de diminuição previstas na parte geral poderiam levar certas penas para além do mínimo assim fazendo com que diminuísse a população carcerária brasileira, tendo em vista que com um dispositivo dentro da parte geral realiza-se a diminuição da pena para os crimes que se encaixasse nele. Ocorrendo tal diminuição que beneficiasse o réu para que não precisasse cumprir reclusão no regime fechado, traria inúmeros benefícios para a sociedade, para o governo e para o réu.

Nos casos em que a aplicação da pena seja irremediável, deve-se configurar de maneira que permaneça a esperança de que o sujeito condenado possa regressar algum dia à vida em liberdade, minimizando os efeitos negativos de dessocializadores que a vida na prisão possui,

reduzindo sua duração tendo em vista as possibilidades de reinserção social do sujeito etc. (CONDE, HASSEMER, 2008)

Pensando em tal benefício para o sistema prisional foi feito o desenvolvimento tal dispositivo para ser exposto na parte geral do nosso código penal: Em crimes praticados com motivo influenciado pela classe social ou pela situação de dificuldade enfrentada pelo réu há a diminuição de um terço a dois terços da pena aplicada.

A diminuição é feita de acordo com a quantitativa do problema apresentado e comprovado.

Não pode ser aplicado em caso de crimes com extremo potencial ofensivo.

Aplica-se em casos em que o réu possua dependência química ou doenças graves.

Também deve-se levar em conta a trajetória vitalícia da vida do réu.

Esse dispositivo adicionado ao código penal poderia fazer uma melhora na aplicação penal de crimes praticados onde o agente teve por motivo acarretador a falta de condições econômicas, como por exemplo, furto (art. 155), roubo (157) e até mesmo de tráfico de drogas onde não foi praticado por motivo egoístico, mas sim um motivo justificado, por exemplo, a falta de emprego levando o indivíduo a traficar por não ter como sustentar a sua família. Esse dispositivo levaria em conta o caráter social e econômico do fato praticado.

A aplicação de tal dispositivo deve-se levar em consideração os motivos que levaram a prática de crimes, como uma análise crítica da vida do sujeito, sendo comprovada alguma causa se deve prosseguir com tal aplicação.

A origem do comportamento delitivo não radica no indivíduo em si, nem nas pessoas que estão ao seu redor, e mais, não se situa em pessoa alguma, mas nas relações, estruturais. O sujeito não se converte em delinquência enquanto participe ativo do processo de interação social, mas como produto ou vítima das estruturas socioculturais. É a anomia social e a dissociação entre estrutura social e cultural que determinam os desvios e que impõe delitos aos indivíduos. (CONDE, HASSEMER, 2008)

Sendo a vida social e econômica o principal motivo que leva os indivíduos a praticar crimes, é muito válido ser levado em consideração os motivos sociais que influenciaram na prática de delitos.

Em uma pesquisa realizada dentro da Delegacia de Polícia Civil da cidade de Ibaí e também realizada com pessoas que cumprem em semiaberto, cerca de 80% dos casos quando questionado o motivo para a prática de crimes, a resposta

justificadora foi a falta de dinheiro, emprego, condições sociais e de existência, assim levando a furtar, roubar, traficar. Também houve casos que a dependência química ou alguma doença grave juntamente com a falta de dinheiro e de condições para trabalhar foram motivos influenciadores para praticas de tais delitos.

Além dos problemas já apresentados para ser levado em consideração na dosagem da pena, outro possível criador de delinquentes, é a estrutural social e cultural onde vivem. Para este problema foi proposto o seguinte dispositivo para ser usado na dosagem da pena: Para indivíduos que a estrutura social, econômica, moral, cultural influenciaram a praticas de crimes deve-se diminuir de um terço há metade da pena.

Tem que haver a comprovação de tal influencia.

Não se deve aplicar em crimes com extremo potencial ofensivo.

Esse dispositivo levaria em consideração a vida do agente como um todo, o que levou ele a praticas de criminais, quais foram as influencias e as causas. Seria levado em consideração o local onde o réu viveu, sua situação econômica, suas relações familiares, sua construção moral. De tal modo analisando a formação do individuo e sendo comprovada uma relação defeituosa entre todos os itens mencionados assim influenciando a praticar crimes, deve-se realizar uma diminuição da pena, tal diminuição é feita, pois a conduta do agente teve uma influencia de diversos fatores controversos a uma estrutura social normativa.

Segundo Conde e Hassemer (2008), "o delito não é um fato de um individuo ilhado, mas produto da interação social". Além da diminuição, dentro ou fora de prisões deve-se ainda ofertar um apoio psicológico, educacional, econômico e todos os amparos necessários para que o ser não volte a delinquir, assim realizando uma mudança de vida e também de pensamentos.

De acordo com a criminologia, a teoria biológica e a teoria da socialização deficiente busca estudar o sujeito e o seu ambiente e já a teoria da anomia averigua fatores e conexões mais gerais e os efeitos criminológicos que os mesmos possuem, estes que se encontram na estrutura social, mais precisamente na divergência entre a estrutura social e cultural, nas exigências contrarias que a sociedade dirige aos sujeitos socializados e que os leva, inevitavelmente a uma desviação. (CONDE; HASSEMER, 2008)

O estudo do sujeito, ambiente, da estrutura social e cultural, leva uma conclusão muito válida de quanto isso influenciou o elemento a praticar delitos, assim devendo se proceder com a aplicação do dispositivo acima mencionado.

Com dispositivos como estes no código penal, traria enormes vantagens, pois diminuiria o gasto com o sistema carcerário que já ultrapassa os R\$ 40.000,00 mensais para cada preso em um presídio federal, e assim melhorando os gastos poderia haver um investimento maior na educação que é de R\$23.000,00 com cada aluno em um ensino superior.

Também diminuiria a população no sistema prisional, dando novas oportunidades para quem estivesse em semiaberto ou aberto, mas para quem fosse beneficiado com esse dispositivo e fosse condenado a cumprir em semiaberto ou aberto, seria necessária uma forma de educar os sentenciados para que tivessem uma nova oportunidade, ofertando cursos profissionalizantes para qualquer que seja o regime para assim os sentenciados terem uma forma de sustento, assim não voltando a delinquir.

O governo teria que cumprir o papel de dar um apoio de qualquer que seja a forma para que realmente houvesse a ressocialização do condenado. Também a sociedade teria um papel de acolher e não discriminar os ex-presidiários, para que a ressocialização fosse completa, diminuindo os índices criminais e criando pessoas renovadas.

O mais razoável que se pode oferecer ao delinqüente numa sociedade orientada *output*, interessada em conhecer as conseqüências de suas instituições, é ajuda para sua reinserção e para levar no futuro, uma vida sem delitos. Isso, além de justo e humano, é útil para ambas as partes. É útil para a sociedade, que pode reduzir as taxas de reincidência e com ela a criminalidade a longo e médio prazos. E é útil para o delinqüente, que pode voltar a viver em liberdade sem que o delito cometido e a pena acaba de cumprir o separem definitivamente de uma convivência social normal, em condições de igualdade com os demais cidadãos. (CONDE, HASSEMER, 2008).

A educação seria a forma mais eficiente para realizar uma mudança de pensamento e de dar novas oportunidades para quem não as teve, tendo que ser um item essencial no cumprimento da pena.

A resposta ao delito não é sempre a pena (ou medidas de segurança), mas que existem outras formas de solução de conflitos, às vezes mais eficientes que as penas oficialmente previstas. (CONDE; HASSEMER, 2008)

A pena na maioria das vezes não realiza um caráter reeducador, em pesquisa apurada pelo CNJ mostra um numero de 70% de reincidência em presídios brasileiros, pesquisa esta que comprova que a pena não é ressocializadora. Penas enormes não servem para realmente prevenir, sendo que após o egresso o individuo sempre volta a delinquir, assim sendo necessária uma mudança na dosagem de pena, com dispositivos que diminuem a pena em casos motivados por falta de estrutura social, cultural e econômica. Também é necessária a oferta de educação para esses sujeitos, dando a oportunidades que não tiveram anteriormente.

A pena de prisão de longa duração pode provocar tal estado de dessocialização e deterioração na personalidade do encarcerado que são os próprios penitenciários os que consideram o dever de redução de duração. (CONDE, HASSEMER, 2008)

O sistema prisional brasileiro tem sido muito falho e uma mudança como esta se faz totalmente necessária, além do dever de ter uma oferta de educação e de novas oportunidades para uma mudança do individuo.

CONCLUSÃO

Diante o exposto podemos verificar que na teoria o sistema prisional brasileiro é viável, porém infelizmente nossa realidade é outra, o país não tem estrutura, nem cultura suficiente para efetivar a teoria na prática.

A realidade vivida é de superlotação nas penitenciárias, os denominados "cadeião" são deploráveis. Além do que a população está extremamente revoltada com o aumento da violência, que sabemos é fruto de uma má administração política, falta de emprego, educação, cultura.

Como ressocializar uma pessoa que sequer um dia foi socializada, pois a maioria dos atos cometidos pelos infratores tem por trás há a questão social, o meio em que viveu, as condições, os exemplos que tiveram.

Para muitos pode se dizer que é uma questão de escolha, entre seguir o caminho do bem ou não, mas por outro lado, existe a necessidade básica do ser humano, o mínimo existencial, que nos é garantido constitucionalmente, mas que para a maioria não existe.

A quantidade de drogas vem cada vez mais aumentando, o que aumenta o nível de violência entre as pessoas, enfim, são diversas as situações que encontramos em nosso país, e o que causa mais revolta é o descaso do Estado em relação a todo esse caos.

Para tentar minimizar tais situações é necessário políticas públicas, envolvendo todos os âmbitos, desde o Estado até a população, pois esta é de fundamental importância no auxílio daqueles indivíduos que precisam de ajuda, pois muitos destes que já não tinham oportunidade quando saem da prisão são acometidos por grande discriminação, mesmo que possuam vontade de mudar de vida infelizmente a sociedade não lhes dá essa oportunidade, onde acabam voltando a cometer crimes.

Sabe-se que o sistema prisional não é, e esta muito longe de ressocializar os infratores, porém existem modelos de presídios que juntamente com vontade de fazer diferença a estes sistemas caóticos, estão mostrando resultados significantes. diante do exposto umas das soluções que vem se mostrando a mais eficaz é a privatização da administração, ou seja, o Estado fornece a estrutura do presídio, e a administração é feita pela iniciativa privada, conforme há vários exemplos podemos citar o de Santa Catarina, a qual reduziu os custos por presos e diminuiu significativamente os índices de reincidência criminal, conforme mostra a revista Época na edição nº 836 de 09/06/2014.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Couto de Brito, Alexis. **Execução Penal**, ed. QuartierLatin do Brasil, 2006.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal: esquematizado**. 1ª Ed. São Paulo: Forense, 2014.

BRASIL, **Lei Federal 7.210 de 11 de julho de 1984** - institui a **Lei de Execução Penal**, disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>> acesso em 10/11/2016.

BRASIL, **Lei Federal 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal**, disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>> acesso em 10/11/2016

BRASIL, **Constituição da República Federativa de 1988**, disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>> acesso em 10/11/2016

CAPEZ, Fernando. **Direito penal simplificado: parte geral**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal Comentado**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONDE, Francisco; Winf, Hassen ; **Criminologia**. 2008. Lumen Juris Ltda.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal: parte geral**. 12ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. - (Coleção sinopses jurídicas; v.7)

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; Fabbrini, Renato N., **Execução penal**. Editora Atlas, 12ª edição, 2014.

NETO, Inácio de Carvalho. **Aplicação de pena**. 2003. Forense, 2ª edição.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino. **Teoria da Pena**, Lumen Juris, 2005.

ERRO JUDICIÁRIO – ANÁLISE DO FILME ‘EM NOME DO PAI’ EM CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Aparecido Arnaldo da Silva
Sâmela Marcielle Sene Bueno

INTRODUÇÃO

O Estado possui uma responsabilidade em garantir como objetivo de seu serviço, a segurança na justiça, e para o bom andamento desta arte não pode surgir nenhum tipo de lesão para aqueles que dela necessitam. Esta deve ser a base maior de uma nação e o foco estatal deve estar direcionado para os direitos e garantias fundamentais de seus cidadãos.

O cidadão vitimado por um erro oriundo de um serviço público possui o direito de receber ressarcimento pelo que sofreu. É um ponto muito em destaque no direito, para aquele que sofrer lesão no âmbito judicial, ser indenizado. Porém, nem todos possuem o conhecimento deste direito e muito menos como acionar o Estado para ressarcir-lo de toda a injustiça sofrida. A parte mais crítica e que não deve ser olvidada é a injustiça que a vítima sofre, ao ser condenada por algo que não fez, e para isto nem a maior quantia monetária seria suficiente para apagar o que viveu no cárcere.

A responsabilidade do Estado para não ocorrer demasiadamente estes danos, deve ser grande, em relação às suas funções, em destaque para aquelas de responsabilidade do judiciário.

O erro judiciário pode ser definido como uma ação de forma injusta praticada pelo judiciário, ocorrendo na esfera não penal e penal, civil, trabalhista e outras, sendo o erro no procedimento ou no julgamento, e ocorrendo devido à culpa ou dolo do magistrado, que não aprofunda em obter mais provas para fazer uma correta sentença. Quando ocorre na esfera penal, pode a parte prejudicada impetrar a revisão criminal, e quando o erro é na área cível, coloca-se em prática a ação rescisória. No estudo será apresentada a revisão criminal.

O desenvolvimento deste artigo pretende explicar o motivo porque os erros acontecem, qual o recurso correto para ser impetrado e a forma de recebimento da indenização, objetivando aumentar as informações sobre a matéria e as problemáticas desta situação. Sendo neste aspecto realizada a investigação para

avaliar e apresentar o entendimento de certos autores processualistas e constitucionalistas, realizando uma ligação como filme “Em nome do pai”.

Entretanto não se deve esquecer que além do injustiçado, sua família e seus amigos são as principais vítimas desta situação, pois vivem em uma situação de insegurança jurídica, presenciando o aumento da criminalidade e observando uma irresponsabilidade de certos servidores, que muitas vezes cometem erros por uma má formação e acabam por condenar um inocente, enquanto o verdadeiro criminoso está às soltas em busca de novas vítimas.

O presente trabalho está fundamentado em um estudo bibliográfico, analisando alguns conceitos e buscando o entendimento de doutrinadores do direito constitucional, processual penal e penal, e igualmente os institutos trazidos pela legislação brasileira como forma de proteção ao cidadão.

Primeiramente fez-se necessária uma breve descrição sobre o filme inglês “Em nome pai”, o qual traz uma história de injustiça sofrida por quatro irlandeses inocentes que foram presos, torturados, julgados e condenados pelo crime de terrorismo.

Na sequência foi trabalhado um tópico sobre a definição de erro judiciário, para então ser adentrado na análise de suas espécies, no procedimento e no julgamento. Posteriormente foi explicado que a falha não ocorre apenas por culpa do Poder Judiciário, mas de todo um sistema mal preparado, sendo então apresentado na subsequência o recurso correto a ser impetrado, a revisão criminal, um instrumento processual que somente poderá ser utilizado a favor do réu; e finalmente demonstrou-se a garantia processual e constitucional da indenização em decorrência do erro judiciário.

BREVE DESCRIÇÃO DO FILME: EM NOME DO PAI

O filme “Em nome do pai” aborda o drama de quatro irlandeses, chamados de “Guildford Four”, que foram condenados e encarcerados injustamente com base no “Prevention of Terrorism Act” do ano de 1974, redigido na Inglaterra para restringir os atos do IRA (em inglês Irish Republican Army), o Exército Republicano Irlandês, e pai e filho que não mantinham uma boa relação, são de forma lamentável, condenados por um crime que não cometeram.

Giuseppe, um homem humilde, pai de família e enfermo por ter inalado vapores de tinta no seu trabalho, já seu filho Gerry Conlon, é um jovem rebelde e

imaturo e estava entre os primeiros que foram condenados pela lei inglesa de antiterrorismo. Foi utilizada a autobiografia de Gerry como base para o filme.

No dia 05 de outubro de 1974, após ocorrer uma explosão em um pub em Londres, o Guildford Pub, Gerry e outros jovens irlandeses, Paddy Armstrong, Carole Richardson e Paul Hill, foram interrogados, sofreram tortura e condenados, cujas penas foram: 30 anos para Gerry, Paddy e Carole e prisão perpétua para Paul.

Alguns familiares de Gerry também foram presos sendo acusados como cúmplices: seu pai, com pena de 12 anos, sua tia Annie, com pena de 14 anos, e também seu tio e os primos de 14 e 16 anos de idade.

O verdadeiro autor dos bombardeios no pub é encontrado e confessa tudo que ocorreu de verdade, mas mesmo assim, Gerry e os outros continuam presos.

Antes de cumprir toda sua pena, o pai de Gerry morre na prisão, devido a problemas de saúde. Enquanto estava com vida na prisão, o mesmo escreveu muitas cartas para sua esposa entregar a um grupo de pessoas que apoiavam a liberdade dos condenados. Infelizmente, Giuseppe não presenciou o dia em que esta liberdade ocorreu.

Ainda com Giuseppe em vida, a advogada Gareth Peirce começou a luta em defesa dos condenados após a explosão no pub, mas conseguiu encontrar as provas que os tornariam libertados, depois da morte de Giuseppe. Ela conseguiu ter acesso aos arquivos da justiça e ao analisar todas as pastas e documentos, encontrou um depoimento que então poderia inocentar Gerry e os outros presos.

As provas que a advogada encontrou foram mantidas longe do alcance da defesa e do juiz. O contraditório e a ampla defesa, nesta situação, não foram respeitados.

Para não ter abusos, o poder precisa ser monitorado e também os direitos individuais serem respeitados, o filme serve como uma lição para na realidade ser colocada em prática a justiça e seus princípios máximos e não ocorrer mais situações como o filme, situações oriundas de erro judiciário.

DEFINIÇÃO DE ERRO JUDICIÁRIO

O erro judiciário pode ser compreendido como uma análise incorreta dos fatos a serem levados em consideração para ser proferida uma sentença. Este erro pode ser consequência da culpa ou do dolo do juiz. Ocorre culpa quando o magistrado age sem os devidos cuidados para julgar o mérito do processo, impondo uma

sentença injusta ou incorreta, na realidade ele atua de maneira imprudente, analisando mais do que precisava e sem a cautela necessária; negligente, quando deixa de apreciar todas as provas e possibilidades existentes; ou imperito, realizando atos que não possui aptidão para apreciar ou julgar. Já o dolo acontece quando ele age com má-fé, ou seja, com a intenção de realmente prejudicar o réu.

Assim como no filme em análise, antes de ser declarada a sentença, a justiça não obteve um grande número de provas, não deu chance de defesa aos condenados e mesmo descobrindo o verdadeiro autor do crime, não os libertou, ficaram 15 anos presos por um crime que não cometeram.

O doutrinador Jayme (2005, p. 141) cita uma interessante definição de erro judiciário:

O erro é um risco constante nos julgamentos, sempre havendo possibilidade de interpretação equivocada dos fatos em face do direito, incorrendo na possibilidade de impor-se uma condenação indevida. Essa circunstância caracteriza o erro judiciário, isto é, caso o julgamento se fizesse em harmonia com o conjunto probatório, a decisão seria diferente. [...] O erro se caracteriza quando a sentença criminal é injusta, por haver contradição entre o que foi decidido e a prova dos autos.

Muitas vezes com um crime como o que ocorreu no filme, há muita pressão da mídia e da sociedade, e como resultado desta pressão a justiça para mostrar agilidade, acaba em cometer injustiças ao ditar sua sentença, até mesmo sem analisar todo o *iter criminis*.

As provas são de grande importância, pois levam ao desfecho da autoria de crimes de grande proporção e as decisões da justiça seriam menos prejudiciais para as vidas de cidadãos inocentes.

Dias (2004, p. 183) destaca que o termo erro judiciário foi adotado pela doutrina para ser uma maior força contra as irresponsabilidades da justiça, conforme abaixo:

Pode-se dizer que o erro judiciário foi a brecha encontrada pela doutrina ao atacar a fortaleza medievá da teoria da irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional, de sorte a conseguir sua capitulação, o que não é de se estranhar [...]. Ao mesmo tempo, a doutrina costuma apontar que os erros judiciários sempre foram objeto de fatos noticiários críticos da imprensa, gerando escândalo e indignação nos meios forenses e provocando clamor público na sociedade.

O conceito de erro judiciário está ainda ligado ao sentido de justiça propícia ao réu, que não poderá ser lesado por uma ação errada daqueles que são aptos para julgar. A eficácia do serviço público no sistema judiciário necessita de uma maior prontidão para alcançar resultados corretos.

Na legislação brasileira existe o princípio *in dubio pro reo*, o qual consiste em que na dúvida sobre a culpa ou não do suposto infrator, deve o magistrado absolver o réu. Nas palavras de Nucci, (2014, p. 266), “o princípio processual invocado determina que, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do réu – afinal, seu estado natural é o de inocência”.

Mas embora exista este princípio, o qual se encontra em pleno uso pelos doutrinadores e operadores do direito, isto não impede que erros ocorram durante o procedimento ou julgamento, acarretando em prejuízo para a parte injustiçada, fato este que não é apenas corriqueira, mas virou rotina em noticiários jornalísticos.

ESPÉCIES DE ERRO JUDICIÁRIO

Os atos processuais exercidos pelo juiz são os seguintes: decisão (soluciona uma questão mais urgente), sentença (o ato que finaliza o processo em questão) e despacho (é um ato do juiz que faz o processo ter andamento sem decidir questão alguma).

O juiz, durante o desempenho de suas funções, poderá realizar dois tipos de erros: erro de procedimento ou *error in procedendo* e erro de julgamento ou *error in judicando*.

Conforme o que exemplifica Luz (2007, p. 24), seguem as diferenças entre estes dois erros:

[...] O mérito tem estreita relação com o erro praticado pelo juízo, que pode manifestar-se de duas formas: *error in judicando* e *error in procedendo*. Decorre o primeiro da má apreciação da questão de direito, da questão de fato ou das duas; o segundo é resultante de vício de atividade, decorrente do erro de forma ou da equivocada aplicação ou interpretação da norma procedimental [...].

O *error in judicando* é o erro que ocorre em uma decisão em que foi julgado o mérito da causa, tanto no erro de fato como no erro de direito. O *error in procedendo* é o erro existente quando o juiz, em suas funções, infringe normas processuais em suas partes mais formidáveis.

O exercício da função do magistrado ocorre, principalmente, através da sentença, que é uma parte de extrema importância para o correto funcionamento da justiça, podendo gerar prejuízos diversos, sendo o maior, o erro judiciário.

É claro que o prejuízo derivado do erro judiciário pode ser pelo despacho, decisão ou sentença, mas é que com a sentença o erro processual é acentuado principalmente se contra a mesma não puder mais entrar com recurso.

Os indivíduos que se tornam vítimas dos erros judiciais poderão ter as penas privativas de suas liberdades e como no filme em questão, viverem muitos anos na prisão, sendo que em alguns países podem ser vítimas até mesmo de pena de morte, sem nunca alcançar a sonhada liberdade.

Como estes casos absurdos, que não são improváveis de ocorrer, há outros como, por exemplo, em prisões preventivas, que de maneira abusiva, podem ter longa duração ou com processos que são finalizados com seu arquivamento, deixando marcas irreparáveis na honra de um indivíduo. Sobre este tipo de prisão explana Capez (2011, p. 68).

[...] sua natureza é exclusivamente, processual, já que a restrição ao direito de liberdade se dá por necessidade ou conveniência do processo, sem aumento ou intensificação do direito de punir. Para o Estado, enquanto titular do *jus puniendi*, tanto faz se o agente responde solto ou preso ao processo. Seu direito de punir em nada será afetado com essa situação, até porque o tempo de prisão provisória será descontado da futura execução da pena.

Desta forma, nota-se que não pode existir uma intenção do magistrado em aplicar esta medida processual como forma de punição ao suposto infrator da lei, mas sim como maneira de garantir o bom andamento do processo, principalmente devido ao fato de que o Código de Processo Penal é bem claro ao declarar em seu artigo 282, § 6º que, “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. E o instituto processual traz ainda em seu artigo 313 os requisitos para a sua aplicação:

- I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
- II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
- III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Assim tem-se um rol taxativo e o magistrado está vinculado a cumpri-lo, prolatando suas decisões de forma fundamentada e declarando qual o inciso, ou incisos, foram satisfeitos, a fim de que exista transparência nos atos processuais e evitem-se abusos contra os cidadãos.

Quando o dano é causado por ação da justiça, sendo consequência de uma sentença, o Estado com sua responsabilidade, se depara com muitas limitações, principalmente o princípio da presunção da legalidade.

Ao ocorrer como resultado deste dano uma prisão de forma indevida e por um ato não cometido, há grande impacto na sociedade, e com mais atenção quando o ato tem uma conexão com processo penal.

Os erros ligados com o processo penal são os mais graves, pois ferem os direitos das pessoas, abordando suas vidas, patrimônio, familiares e honra perante a sociedade.

Poderá ocorrer o erro judiciário, no processo penal, após ocorrer o julgamento e também quando a pena está sendo executada.

A FALHA NÃO É SOMENTE DO PODER JUDICIÁRIO

Não seria justo que a sociedade culpasse apenas o Poder Judiciário, tornando-o o grande vilão do erro judicial, pois existem muito mais órgãos e servidores envolvidos no procedimento, desde a prisão do infrator, a coleta de provas, a oitiva de testemunhas durante o Inquérito Policial, etc.; situações estas que se forem más realizadas acarretaram em considerável prejuízo ao processo e uma futura condenação errônea.

O ser humano nunca estará livre dos cometimentos de erros, por mais que busque a perfeição por toda a sua vida. Entretanto, quanto mais despreparado, ignorante ou desinteressado for, maior será a chance do engano e da lesão a terceiros. Dentro do processo penal tem-se a demora nos julgamentos, a falta de equipamentos, a insuficiência de pessoas capacitadas, o descaso do Estado, dentre outras tantas situações que causam prejuízo para a sua efetividade. Portanto, o magistrado deverá formar sua convicção sempre com atenção à formação das provas, pois deverá fundamentar sua decisão convencido da existência ou não dos fatos alegados, pois o descuido ou a negligência o juiz fará com que participe de forma ativa de um erro que não foi iniciado por sua culpa. (MEDEIROS, 2003).

Neste sentido MOSSIM (1997, p. 248):

[...] há de ser também em via de consideração a má vontade de alguns juízes quanto à coleta das provas carreadas na instrução, principalmente, devido à injustificável pressa de encerrar os depoimentos, além de entenderem de modo equívoco, que o material probatório coletado é suficiente para formar suas persuasões racionais, esquecendo-se, dentro de suas mascaradas posturas de donos do direito.

Vale salientar que a confissão é a rainha das provas, porém se esta for alcançada por meio ilícito, não terá validade nenhuma e não poderá ser usada contra o réu. Já em segundo plano, mas não menos importante, tem-se a perícia científica, avaliada como uma prova incontestável; todavia, perante a deficiência de informação forense dos juízes quanto às provas criminológicas ligadas a inovação da ciência, é preciso um parecer de um perito, mas se este equivocar-se no momento da perícia e, cometer uma falha, poderá levar o magistrado a participar involuntariamente do mesmo erro. (SILVA, 2015).

Não é somente o juiz o responsável por um erro judiciário, pois antes do seu trabalho de julgar o caso e aplicar a sentença, há o trabalho de outros servidores, em que muitas vezes, no começo das investigações e recolhimento de provas, ocorrem erros que podem mudar todo o rumo dos processos e ao chegar nas mãos do juiz, já está com vícios que irão interferir com grande intensidade no trabalho do magistrado.

REVISÃO CRIMINAL APLICADA NO ERRO JUDICIÁRIO

Um dos meios empregados como elemento de reparar os erros judiciários, principalmente em processos penais é uma ação de revisão criminal para estes processos. A fundamentação da existência do recurso é pautada no princípio do duplo grau de jurisdição, ou seja, uma oportunidade para que a parte perdedora possa recorrer a um Tribunal Superior, o qual é formado por um colegiado de juízes com mais experiência.

[...] revisão criminal é uma ação autônoma de impugnação de competência originária dos tribunais que tem como objetivo a revisão de sentença condenatória ou absolutória imprópria com trânsito em julgado nas hipóteses de erro judiciário; o legislador opta por deixar de lado a segurança jurídica da coisa julgada em função do valor “justiça”; em se tratando dos juizados especiais, a revisão criminal será de competência das turmas recursais. (BRASILEIRO, 2011, p. 347).

Reis (2011, p. 151 e 152), aponta quatro motivos para a necessidade do duplo grau em matéria processual:

- a) o inconformismo natural do ser humano;
- b) a maior experiência dos integrantes dos tribunais, que são compostos por juízes que já atuaram na primeira instância por um tempo razoável;
- c) o necessário controle da jurisdicionalidade, posto que o juiz, por saber que sua decisão pode ser revista, sente-se na obrigação de atuar com maior empenho e de forma não abusiva;
- d) a falibilidade humana, uma vez que o juiz pode cometer **erros** na interpretação da lei ou da prova. (grifo nosso).

Nota-se que a alínea “d” é a que traz um maior prejuízo ao cidadão, pois nas demais existe apenas uma proteção para o descontentamento da parte perdedora da demanda e uma garantia processual para que a causa seja julgada de maneira justa. Enquanto as primeiras tratam de uma organização estatal para fornecer o devido processo aos litigantes, a última apresenta uma situação em que a parte realmente sofrerá um prejuízo devido a uma falha que pode ocorrer com qualquer ser humano, quer seja por culpa ou dolo.

No Código de Processo Penal Brasileiro, está expressa a revisão dos processos, como a seguir:

- Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:
- I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
 - II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
 - III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.
- Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

Nos artigos acima epigrafados nota-se que o legislador analisou a possibilidade do erro humano, e compreendendo que facilmente poderia ocorrer, tanto no procedimento como no julgamento, inseriu em nossa justiça, alternativas suscetíveis à restauração de atos prejudiciais provenientes do serviço judiciário.

É formidável observar, que este ponto do Código de Processo Penal tem por finalidade reexaminar o processo por completo, no propósito de admitir a culpabilidade, para então não se refazer os erros semelhantes feitos no processo antecedente e no seu fim lançar uma sentença reformada.

Gonçalves e Reis (2012, p. 645) entendem da seguinte forma a revisão criminal do Código de Processo Penal brasileiro:

A revisão criminal é instrumento processual que pode ser utilizado somente em favor do acusado e que visa rescindir sentença penal condenatória transitada em julgado. Funda-se no princípio de que a verdade formal já espelhada na sentença deve ceder passo ante a necessidade de corrigir-se eventual injustiça.

Pode ser observado que a revisão criminal é uma forma prevista no Código de Processo Penal brasileiro capaz de lutar contra os erros judiciais realizados no âmbito penal, garantindo às vítimas o direito de comprovarem a inocência, ainda que a sentença afetada pelos erros já tenha transitado em julgado.

A revisão criminal tem por finalidade ser *pro reo*, ou seja, beneficiar somente a vítima do erro judicial. O doutrinador Melchior (2013, p. 167-168), define esta finalidade:

No Brasil, pode-se afirmar que essa ação está inserida no complexo de garantias que recebem o nome de *favor rei*, visto que só é admissível em favor do réu. Dito de outra forma: aqui, só há uma revisão criminal *pro reo*. [...] O objetivo da revisão criminal é restabelecer o *status* de inocente do condenado; restabelecer o prestígio social perdido com a condenação, sempre estigmatizante. Assim, a revisão criminal é cabível mesmo após a morte do condenado ou mesmo em seguida ao cumprimento ou à extinção da pena imposta na sentença impugnada.

Portanto, existe uma proteção real para a honra do injustiçado, pois até mesmo quando o condenado já morreu, pode ocorrer a revisão criminal do processo, passando a titularidade para um parente, um amigo, ou pessoa que possa representar o ofendido.

No filme em estudo, o pai de Gerry lutou muito em vida por sua inocência, porém morreu antes de ser libertado. Mas sua família continuou esta luta para retirar a “mancha” do nome de Giuseppe.

Oliveira (2011, p. 914), ressalta também suas considerações sobre a revisão criminal e seu objetivo *pro reo*:

A ação de revisão criminal tem precisamente este destino: permitir que a decisão condenatória passada em julgado possa ser novamente questionada, seja a partir de novas provas, seja a partir da atualização da interpretação do direito pelos tribunais, seja, por fim, pela possibilidade de não ter sido prestada, no julgamento anterior, a melhor jurisdição. A ação de revisão criminal, como é óbvio, não é permitida à acusação, pois o princípio

da vedação da revisão *pro societate* a impediria. Absolvido o réu por sentença passada em julgado, nada mais se poderá fazer em relação aos fatos então (bem ou mal) apreciados.

A revisão criminal, quando é *pro reo*, pode ser fundamentada como proteção essencial para os indivíduos, em que o benefício deve conviver em harmonia com a coisa julgada como condição de ser válido, para não ter grande maleabilidade que possa oferecer danos indevidos ao réu. Entretanto, a revisão criminal *pro societate* tem como embasamento uma ferramenta em que a sociedade, por ser representada pelo Estado, tem o direito de introduzir uma revisão no pedido, originando a finalização da decisão da sentença, nas situações de erros judiciários, em que o réu é absolvido.

Na mesma linha afirma Reis (2011, p. 38):

Não havendo recurso contra a sentença ou sendo negado provimento ao recurso contra ela interposto, diz-se que a sentença transita em julgado. Significa que a sentença se torna imutável, não podendo ser novamente discutida a matéria nela tratada, seja ela condenatória ou absolutória. Há, entretanto, algumas exceções em que a lei admite a modificação posterior da sentença: **a)** Revisão criminal. Quando, após a sentença condenatória, surgirem novas provas a favor do condenado. É vedada, entretanto, a revisão criminal *pro societate*, ou seja, contra o sentenciado. [...].

Desta forma, se ocorrer um crime e ficar provado durante o processo que o réu era inocente, não poderá o Estado após o trânsito em julgado recorrer, mesmo que apareçam novas provas que comprovem ser o autor, ora absolvido, o verdadeiro culpado do delito que fora inocentado. Entretanto, se o réu for declarado culpado, poderá mesmo depois de transitada em julgado a sentença condenatória, recorrer, desde que apareçam novas provas que demonstrem sua inocência ou que apontem o real infrator.

Sendo assim, a revisão em favor da sociedade não é permitida, pois através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, o Estado Brasileiro através da Presidência da República ratificou o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanas), que reza em seu artigo 8º, item 4, que “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Afirma Reis (2011, p. 185) que, “A revisão, se julgada procedente, poderá acarretar a alteração da classificação da infração, a absolvição do réu, a modificação

da pena (redução) ou a anulação do processo”. Por exemplo, se ficar provado que o autor não agiu com violência ou grave ameaça, poderá ser o crime de roubo desclassificado para furto; aparecendo o verdadeiro autor do delito, ficará o réu absolvido das acusações; a diminuição do quantum de pena, algumas vezes, acarretará na conseqüente mudança do regime de seu cumprimento; e a anulação do processo tornará em validade tudo o que foi feito. Entretanto, afirma ainda o autor que, se a revisão for julgada improcedente, somente se admitirá outro pedido se estiver fundado em novos motivos.

Possui a revisão criminal, também, função rescisória, assim como explana Gonçalves e Reis (2012, p. 647):

A revisão criminal submete-se às condições das ações em geral, motivo pelo qual seu exercício pressupõe que as partes sejam legítimas, que haja interesse de agir e que o pedido seja juridicamente possível. A revisão, devido ao caráter rescisório que ostenta, pressupõe, ainda, a existência de sentença condenatória ou de sentença absolutória imprópria passada em julgado, sem o que não pode ser manejada. É indiferente, contudo, para fins de possibilidade de utilização da revisão a natureza da infração e o órgão jurisdicional que prolatou a decisão.

A revisão criminal é uma ação que possui autonomia de impugnação e tem por foco finalizar o efeito, parcial ou total, da sentença transitada em julgado ou aquela que estabelece medidas de segurança ao réu. Rescinde, assim, o que foi julgado para favorecer o indivíduo condenado.

Uma hipótese encontrada no Código de Processo Penal, para efetuar a revisão criminal, é quando são descobertas provas novas para a diminuição da pena. Como no filme, as novas provas inocentaram Gerry e os outros. Gonçalves e Reis (2012, p. 648) explicam esta situação expressa no Código:

Quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição da pena (art. 621, III, do CPP) a prova de inocência ou de circunstância favorável ao acusado também deve ser preconstituída. Esse dispositivo não se refere à reapreciação de provas já existentes, mas à hipótese em que se descobre, após a sentença, haver provas ainda não anexadas aos autos [...].

Perante o aumento de provas mais novas, elas precisam de um maior valor para diminuir a situação tormentosa do réu. Por outro lado, não pode ser levada em consideração a probabilidade de ocorrer a revisão criminal que tem por base os

elementos que dirigem o juiz ao equívoco no que diz respeito a argumentos ou que oscilem a base do que foi julgado.

Para ocorrer o julgamento da revisão criminal, há a competência pertencente aos tribunais, como está a seguir:

Os tribunais são competentes para o julgamento da revisão criminal relativa aos processos julgados em definitivo pelo juízo de primeira instância, observadas as regras de definição da competência recursal. Em relação aos processos cuja decisão final tenha sido proferida por tribunal, o julgamento da revisão competirá ao próprio tribunal. Ex.: é o Tribunal de Justiça que julga a revisão criminal ajuizada contra acórdão proferido por uma de suas câmaras. (GONÇALVES e REIS, 2012, p. 648)

O juizado que é responsável para analisar a apelação estará designado para julgar a revisão das sentenças que condenam e já com trânsito em julgado, tanto no âmbito estadual como no federal, portanto o principal é que a competência para decidir a revisão criminal compete ao tribunal que enunciou a sentença que finaliza o processo.

INDENIZAÇÃO NO ERRO JUDICIÁRIO

O reparo dos prejuízos que surgem através do erro judiciário estabelece um direito válido da vítima *versus* Estado. Esta garantia está expressa na Constituição Federal, no seu artigo 5º e inciso LXXV, que diz: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Se um indivíduo for condenado por um crime que não perpetrou, antes de ser solicitada a indenização, é imprescindível que o réu se introduza na justiça pedindo para ser reconhecido o erro judiciário por meio da revisão criminal, já citada anteriormente.

No parágrafo 6º do artigo 37, está definida a responsabilidade objetiva do Estado: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A vítima do erro judiciário precisa somente provar que passou por uma lesão indenizável originária do serviço da justiça, sem depender se há provas de procedimento ilícito do agente que está resolvendo o processo.

Lima (2013, p. 1852), explica sobre a função do parágrafo 6º do artigo 37 da Carta Magna:

De acordo com a Constituição Federal, “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (art. 37, § 6º). Referido dispositivo consagra a regra da responsabilidade objetiva do Estado, cuja marca característica é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço.

Este parágrafo da Constituição Federal aplicou a responsabilidade objetiva ao Estado e promoveu uma facilidade maior para a efetivação do direito à indenização para quem foi danificado.

Vale salientar ainda um dispositivo presente no Código de Processo Penal Brasileiro rezando que:

Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º A indenização não será devida:

- a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;
- b) se a acusação houver sido meramente privada.

Tem-se uma responsabilidade objetiva do Estado em reparar o dano causado a um cidadão devido a um erro cometido pelo judiciário. Todavia, se o réu foi o culpado por este erro, como no caso de uma confissão ou escondendo provas que poderiam ensejar em uma absolvição, não poderá o Estado arcar com as consequências, pois estaria abrindo um precedente para que pessoas de má índole e com intenção de conseguir vantagens indevidas, utilizam-se deste dispositivo para conseguir auferir o fim desejado e o enriquecimento à custa da Instituição.

Com relação ao recurso contra as decisões do Tribunal do Júri e uma possível indenização no caso de erro, afirma Reis (2011, p. 186) que:

Não é inconstitucional, por não ofender o princípio da soberania dos veredictos, a revisão de sentença proferida pelo Tribunal do Júri. Isso porque tal princípio, estabelecido em garantia da liberdade do acusado, não lhe poderia restringir o direito de defesa. Prevalece, pois, o entendimento de

que o tribunal exerce juízo rescisório, e não apenas rescindente, podendo alterar a decisão anterior dos jurados. Há quem entenda, contudo, que, no caso de julgar-se procedente a revisão, o réu deva ser submetido a novo julgamento popular.

Gerry, no filme, após a comprovação de sua inocência, ele e as outras vítimas receberam a indenização pelo que sofreram na prisão, mas seu pai morreu sem chegar a esta etapa, e mesmo depois de libertado, Gerry continuou lutando para apagar o passado sombrio do nome e honra de seu pai. Da mesma maneira é o ordenamento jurídico brasileiro que afirma no Código de Processo Penal, mais precisamente em seu artigo 631 que, “Quando, no curso da revisão, falecer a pessoa, cuja condenação tiver de ser revista, o presidente do tribunal nomeará curador para a defesa”. Assim, os familiares poderão provar a inocência do ente querido e receber a indenização como herdeiro.

A indenização é uma gratificação por tudo que o indivíduo sofreu e, principalmente, pela honra lesada e o seu direito de ir e vir martirizado. Não é possível calcular materialmente o impacto e o trauma sofrido por aquele que tem sua liberdade cerceada arbitrariamente, sobretudo quando esta tirania se prolata no tempo. Vale salientar ainda que não é apenas o réu que estará sofrendo, mas todo o seu círculo de amigos e especialmente os seus familiares, mãe, pai, filhos, ou seja, pessoas que realmente o amam e se importam com ele e sua felicidade.

Logicamente os valores recebidos não apagaram todo o sofrimento vivenciado pelo inocente em meio a uma corja de verdadeiros marginais, suportando as dificuldades e as humilhações encontradas dentro dos presídios; não trará o tempo sem a convivência com seus familiares e amigos, a perda de oportunidades profissionais e educacionais; não devolverá toda sua honra ou dignidade, mas poderá amenizar o sofrimento, proporcionando uma melhor condição de vida para o injustiçado e sua família, pois não existe outra maneira de recompensar o erro cometido.

A oportunidade e o tempo perdido nunca mais voltarão ao alcance do prejudicado, entretanto se receber uma boa quantia financeira poderá realizar investimentos, adquirir um imóvel, entre outros bens materiais, que não trarão a felicidade, mas um pouco de conforto para quem sofreu nas mãos de um Estado que não consegue proteger seus cidadãos.

JURISPRUDÊNCIA SOBRE ERRO JUDICIÁRIO

Segue abaixo uma decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, sobre uma ação de indenização por erro judiciário, onde um indivíduo ficou preso durante 11 dias de forma injusta, sendo feito o mandado de prisão antes do trânsito em julgado da sentença que iria condenar o mesmo.

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRISÃO ILEGAL (11 DIAS). AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO ACERCA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANDADO DE PRISÃO CUMPRIDO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ERRO JUDICIÁRIO CARACTERIZADO. FALHA DO JUDICIÁRIO. RECURSOS DESPROVIDOS.

"Não obstante esse direito já estivesse explicitado no Código de Processo Penal, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXXV, alcançou o direito à indenização por erro judiciário à condição de garantia fundamental do cidadão, ao dispor que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que fica preso além do tempo fixado na sentença. (...) 2ª Câmara Cível - TJPR 2 Para Luiz Antonio Soares Hentz opera com erro o juiz sempre que declara o direito a um caso concreto, sob falsa percepção dos fatos; a decisão ou sentença divergente da realidade conflita com os pressupostos da justiça, entre os quais se insere o conhecimento concreto dos fatos sobre os quais incidirá a norma jurídica (Indenização do Erro Judiciário. São Paulo: Leud, 1995, p. 31). (Rui Stoco, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 1047-1048)"

Foi aplicado o que consta no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, que reza sobre o direito à indenização da vítima de erro judiciário.

A jurisprudência abaixo, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, trata de uma situação em que foi colocado em prática o que está disposto no artigo 621, inciso III, do Código de Processo Penal, em que foi realizada uma revisão criminal, pois foram encontradas novas provas para a inocência do condenado após ser apurado um laudo técnico.

REVISAO CRIMINAL ARTIGO 621, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - PROVA NOVA - SENTENÇA PROFERIDA SEM APURAÇÃO DA REAL IDENTIFICAÇÃO DO PRESO - LAUDO TÉCNICO DEMONSTRANDO INOCÊNCIA DO AUTOR - ERRO JUDICIÁRIO CARACTERIZADO - INDENIZAÇÃO - PEDIDO PROCEDENTE.

1. A existência de prova nova que demonstre a inocência do acusado se constitui em meio hábil a ensejar a ação revisional.
2. No caso focado, após a prolação da sentença, veio o laudo da perícia técnica que foi conclusivo em demonstrar através de exame papiloscópico que o preso se fez passar pelo autor durante a instrução processual, sendo este condenado por crime que não cometeu.
3. Assim, resta caracterizada a hipótese de erro judiciário, devendo o autor ser indenizado pelos prejuízos sofridos.
4. Recurso provido.

Após ser encontrado o erro judiciário, o indivíduo que estava preso foi indenizado pelos danos que sofreu sendo inocente.

A jurisprudência, uma fonte do Direito, deve ser estudada em todas as situações, tanto na esfera penal como em outras da área jurídica, pois amplia o conhecimento dos operadores do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que o Estado realmente cumpra o seu papel de protetor do cidadão e garantidor da aplicação da lei penal, deve realizar um trabalho pautado em uma melhor preparação de seus membros, mas não apenas em relação ao Poder Judiciário e sim em todas as categorias de funcionários públicos, pois muitas vezes os juízes acabam por cometerem erros devido a uma perícia mal feita ou a uma investigação conduzida de forma irresponsável e sem comprometimento. E infelizmente não existe apenas um ser humano injustiçado, mas todos aqueles que o cercam, amigos, familiares, pessoas que se importam e sofrem a falta daquele que está recluso e fora de seus convívios devido a uma falha estatal.

Muitas vítimas afetadas pelo erro judiciário trazem consigo muitos problemas psicológicos em suas vidas. São também discriminadas pela sociedade em que vivem, e alguns indivíduos, sofrem marcas físicas e em países que adotam a pena de morte, estes inocentes preferem a morte a ficarem anos encarcerados. A sociedade age de maneira preconceituosa, com o pensamento de que todos os indivíduos acusados têm culpa, mesmo sem saber o que aconteceu de verdade.

O Estado deve cada vez mais trabalhar para que não sejam presas pessoas inocentes, desde o momento da acusação, buscar provas, ouvir testemunhas e realizar um processo de maneira completa, pois estão tratando de vidas e não de objetos. O erro judiciário não é somente consequência do trabalho do juiz, mas sim de todos aqueles que desde o início do processo estão envolvidos. É de extrema importância ser executado tudo de maneira correta nos processos, principalmente penais, sem erros e com mais acertos judiciários.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil. 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal.

BRASILEIRO, Renato. **Direito Processual Penal, Intensivo II.** Rede de Ensino LFG, São Paulo, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte geral.** v. 1 – 15. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional.** 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.** 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal.** 1. ed. Niterói: Impetus, 2013.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual Prático dos Recursos Judiciais.** 2. ed. Barueri: Manole, 2007.

MEDEIROS, Michelle de Freitas Bagli Figueirêdo. **Erro Judiciário.** intertemas.unitoledo.br, 2016. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article>>. Acesso em 16 fev. 16, às 14:55:30.

MELCHIOR, Antonio Pedro; CASARA, Rubens R. R. **Teoria do Processo Penal Brasileiro – Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais.** Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MOSSIM, Heráclito Antônio. **Revisão Criminal no Direito Brasileiro.** 2 ed. São Paulo, Atlas, 1997.

NUCCI, Guilherme. **Código Penal Comentado.** 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“**Pacto de San José de Costa Rica**”), 1969.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquemático.** São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo penal: procedimentos, nulidades e recursos.** 13 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Adriano Machado. **Erro Judiciário no Processo Penal**. Jusbrasil, 2016. Disponível em <<http://adrianomachado.jusbrasil.com.br/artigos/202587069/erro-judiciario-no-processo-penal>>. Acesso em 16 fev. 16, às 15:40:00.

(TJ-ES - RVC: 100080008962 ES 100080008962, Relator: JOSÉ LUIZ BARRETO VIVAS, Data de Julgamento: 01/10/2008, CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Data de Publicação: 26/11/2008)

(TJ-PR 9642355 PR 964235-5 (Acórdão), Relator: LAURO LAERTES DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 30/10/2012, 2ª Câmara Cível.)

A UTILIZAÇÃO DO CINEMA NO ENSINO JURÍDICO COMO MEIO PARA A FORMAÇÃO DA CIDADANIA: UMA VISÃO DO FILME “A SOCIEDADE DOS POETAS MORTOS”

Jackson Henrique da Silva¹
João Victor Costa Custódio
Larissa Gabriela da Silva Santos
Pierre Alvetti

INTRODUÇÃO

Estaremos dispendo neste artigo sobre o atual ensino jurídico, a utilização do cinema no ensino jurídico como meio para a formação da cidadania, e sobre análise do filme “A sociedade dos poetas mortos” em relação ao curso de direito.

Diante da reflexão do estudo que vamos apresentar neste artigo, certifica-se a caracterização do ensino jurídico sendo instruído de uma forma padrão, sistemática e até mesmo robótica, onde se utilizam de métodos tradicionais, arcaicos, baseado em doutrinas, e distante da realidade social.

No entanto, podemos sempre verificar exceções à regra, observamos professores quebrando paradigmas buscando inovações, sonhando com a formação de um sujeito pensante, incentivando o método de ensino valorativo do sujeito.

Uma grande possibilidade de solução perante este estudo é o cinema que pode trazer excelentes resultados, podendo despertar em seus alunos a capacidade de interação, análise, criatividade e criticidade.

A metodologia empregada complementa uma pesquisa de livros, sites, filme, artigos, apropriados ao tema. Desse modo, os estudos serviram como base a este trabalho.

O motivo para que fosse abordado este artigo, deve-se a importância de constatar como está o atual ensino jurídico, suas formas de mudanças, e as possibilidades de soluções.

ENSINO JURÍDICO ATUAL

Em uma sociedade que procura fazer nascer personalidades distintas em seu meio social. Necessitamos ter em mente que os sistemas padronizados de ensino

¹ Acadêmicos do curso de Direito pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibiti, FEATI- UNIESP.

em vigência não servem, precipuamente, para se formar um sujeito pensante e gerador de ideais, mas sim para preparar indivíduos, intelectual e tecnicamente, para o mercado de trabalho futuro. Submetendo-os a uma espécie de robotização em nosso ensino contemporâneo.

No ensino contemporâneo, podemos verificar a formação de um ser civilizado, ou seja, um ser que absorve a civilização. Claramente, a civilização é imposta ao indivíduo. Este deve amoldar-se às regras e inserir-se nela. A sociedade absorve o indivíduo não se permitindo que ele mantenha-se único.

Podemos verificar que se é jogado inúmeras normas sobre o indivíduo, e que, para aprovação de grau em grau, este tem de provar, literalmente, que as assimilou.

A sociedade, por sua vez, não preocupa-se em aceitar em seu contexto as características individuais do ser senciente. Se este foge à regra, duas consequências poderão daí advir:

01 - Se a sua ideia nova, que não foi inculcada em sua formação escolar pela civilização, tem um resultado positivo, ou seja, se é aceita pelo social, temos, então, um revolucionário, alguém que traz algo novo, útil e bom;
"02 - Agora, se os seus pensamentos não forem aceitos, temos, então, um excluído, talvez um louco, alguém que está fora do meio competitivo moderno, alguém que está fora do padrão social." (BRUTTI, 2007).

A devida solução para formarmos um sujeito em nossas instituições de ensino, seria incentivarmos e considerarmos o aluno como um "pensador".

Temas de rico conteúdo, tais como o desenvolvimento histórico e cultural dos povos, assuntos contemporâneos, instigantes e inteligentes, a filosofia e a ética como fonte principal a moral devem ser, obrigatória e ordinariamente, colocados em sala de aula e postos ao debate.

Cada ideia vinda de um aluno deveria ser valorizada, pois destaca a peculiaridade humana de quem a proferiu, ou seja, a sua origem cultural, seu meio familiar, as suas aspirações etc.

Os alunos deveriam ser motivados ao debate, respeitando as ideias dos seus colegas, e teríamos, então, em plena evolução, um "sujeito", um "pensador".

Se faz necessário observarmos que, para se chegar a um determinado resultado, podemos seguir por diversos caminhos que se encontram à nossa disposição. E, por conseguinte, não colocar-se qual é o caminho que o estudante deve seguir, qual é a regra a que ele deve submeter-se; sem margem alguma para a crítica ou para uma simples análise do que lhe está sendo imposto. Devemos permitir ao estudante, antes de impor a regra, demonstrar-lhe qual o resultado que pretendemos e, a partir daí, instigar-lhe a alcançá-lo. Nessa mobilização, o estudante traçará vários meios,

trabalhará o seu instinto, e, ainda que alcance o resultado de uma forma mais penosa do que a já descoberta e posta como regra no estabelecimento escolar, sentir-se-á mais forte, capaz e instigado a deparar-se com novos desafios, como se tudo fosse um jogo, até conseguir, por si só, conhecer o meio ideal, ou cada vez mais próximo do ideal. (BRUTTI, 2007).

Importante destacar é que nos dias atuais encontramos professores que incentivam este método de ensino valorativo do sujeito, atuando, de maneira ousada, mas coerente, buscando a transformação, da mesma forma como alguns juristas agem no mundo do direito em seu dia-a-dia. Um exemplo exposto por Brutti é "quando professores, em uma sala de aula de química, levam um pedaço de bolo para dividir com a turma, esclarecendo que aquele alimento é, indubitavelmente, como quase tudo na vida, o produto de uma reação química"(BRUTTI, 2007). Um simples exemplo, mas que permite observar a importância de não nos apegarmos ao programa técnico, frio e pouco instigante dos sistemas escolares atuais.

Desta mesma forma no ensino jurídico a muito que se poderia agregar para um ensino mais leve e prático trazendo para os acadêmicos, fontes inovadoras para transmitir o conteúdo didático, em pleno século XXI, baste-se olhar para tecnologia como um exemplo, que observamos uma gama incrível de ferramentas a nosso dispor, que deveriam ser utilizadas com frequência, passando o ensino para o estudante de uma maneira fácil e agradável e claro de uma forma que estimule ainda mais a vontade do estudante em se fundir com o ensino estimulando seu vínculo com as aulas através da didática empregada.

Contudo o que se é de suma importância, seria atermo-nos ao fato de jamais nos preocuparmos com a formação de um ser para que ele seja absorvido por uma sociedade, não se deve colocar que o mais importante é a sociedade, em detrimento do sujeito.

O que deve ser realizado é a preparação do ser a ponto dele próprio se transformar em um sujeito, dando a ele os elementos que seriam indispensáveis à sua formação intelectual ideal, desta forma a sociedade teria muito mais a ganhar, do que se pensarmos o contrario criando sujeitos com seus pensamentos limitados a uma forma robotizada e arcaica de ensino que a sociedade vem impondo.

Faz-se necessário a apresentação de filosofia de vida, de visão de horizonte, de crítica construtiva e de análise do seu meio sempre em funcionamento. Sem esses elementos básicos, não teremos um sujeito, mas um produto preestabelecido pela sociedade que o deseja.

Todavia, ainda, várias barreiras para se chegar até esse clímax, mas são iniciativas como a de debater a respeito, buscar inovar, que se fazem necessárias, para que se concretize uma futura e bem possível transformação do nosso sistema educacional um tanto arcaico.

A IMPLANTAÇÃO DO CINEMA NO ENSINO

Há décadas, a transmissão do ensino, seja em escolas ou universidades, tem sido realizada de maneira sistemática e robótica, sempre com os mesmos métodos e conceitos já estabelecidos anteriormente e que quase nunca são questionados. Como se sabe, a grande parte das instituições de ensino ainda utilizam a lousa e o giz para ensinar seus alunos, esse método, embora eficiente, se tornou um paradigma, uma vez que se acredita que este é o único método viável para o aprendizado. Deveras, há eficácia no método da lousa, mas porque não há vontade de questionar se não há outros métodos? Porque não se perguntar se há algum outro método melhor aceito pelos alunos ou mais eficiente? O que aprisiona os professores e até mesmo os alunos não é tão somente o método de ensino já implantado e imposto sobre eles, mas sim a sua inércia sobre pesquisar e aceitar que realmente há outras formas de se alcançar o conhecimento desejado sobre um determinado assunto e também de transmiti-lo.

A sociedade, a tecnologia e a ciência científica sofreram inúmeras e importantíssimas mudanças desde a época em que o método da lousa começou a vigorar. Hoje em dia temos a internet, vídeo-aulas, sites acadêmicos e outras diversas fontes de aprendizado eficaz que não chegam nem perto da lousa e do giz, entre eles está também o cinema.

O cinema vem sendo implantado nas escolas há algum tempo, e vem sendo bem aceito, tanto pelos alunos quanto pelos professores. Porém há sempre aquelas pessoas, que por estarem presas no paradigma da lousa não acreditam ou sequer se perguntam se aquilo pode funcionar. A implantação do cinema nas escolas ainda não tem muita força, pois em raras ocasiões os professores se utilizam de filmes ou fazem referências sobre determinada matéria com alguma arte do cinema, sempre as referências são sobre livros, enciclopédias ou alguma outra coisa relacionada à leitura, longe disso não estar correto, porém o que se quer demonstrar com esse artigo é que além dos livros e enciclopédias há outras maneiras de se obter o conhecimento.

Se tratando do âmbito jurídico, há diversas formas de se aprender determinada matéria, seja por intermédio das aulas sistemáticas, vídeo-aulas, livros, prática jurídica entre outras. Contudo o cinema é uma das poucas formas, se não a única, que consegue transmitir uma visão para o aluno que vai além da dogmática. O filme pode inspirar o estudante de direito, com suas imagens, histórias de vida ali narradas e a linguagem que ali se extrai, a enxergar o mundo de acordo com seus desejos e objetivos, também poderá compreender de uma forma excepcional algum tipo de mensagem que foi estudada em sala de aula. O cinema, então, facilitaria a compreensão de conteúdos complexos que a lousa e a exposição oral não alcançariam. A forma com que o conteúdo se passa nas telas, permite ao estudante fazer uma comparação entre a teoria com o que se passa concretamente no filme e de certa forma exteriorizar isso com a realidade em que vive.

De acordo com MEC, já foram implantadas TVs em diversas escolas e há também o projeto do governo federal “TV na escola” que oferece programação para diversas áreas de aprendizagem. Há inúmeras obras do cinema voltadas para a didática escolar, dentre eles se destacam os filmes “A Sociedade dos Poetas Mortos”; “O Mercador de Veneza”; “Cabra-Cega”; “Julgamento de Nuremberg”; “Advogado do Diabo” entre outros, interessantes tanto para acadêmicos quanto para estudantes de ensino fundamental e médio. O governo apoia o uso do cinema e de mídias para a formação dos estudantes, porém isso não é de muito valor se os professores não compreenderem pesquisarem o que transmitir ali ou não fizerem uso dessa importante ferramenta de ensino. Isso não se enquadra somente com os professores, os alunos também precisam sair dos paradigmas e precisam aceitar que os professores utilizem esse novo método para ensiná-los.

Sem dúvidas, a implantação do cinema rompe o modelo tradicional de ensino, oferecendo uma nova maneira tanto para aprender quanto para ensinar. O cinema pode trazer excelentes resultados quando o filme for bem selecionado e já pré-analisado pelo professor que o está aplicando, com isso poderá despertar em seus alunos a capacidade de interação, análise, criatividade e também ajudá-los a construir uma opinião crítica sobre determinada matéria a ser estudada. Não há necessidade que os filmes trazidos em sala de aula sejam de temas diretamente ligados ao conteúdo que está sendo estudado em aula, mas que o professor esteja capacitado e preparado para conectar o filme escolhido com o tema em que quer

abordar em sala de aula, por isso é de suma importância a boa escolha do filme pelo professor.

Podemos concluir então que a implantação do cinema no ensino, não objetiva tirar o mérito das formas de ensino anteriores, mas sim incorporá-las, dar um plus e uma visão mais ampla de seus significados, pelo aspecto das imagens e histórias narradas em um filme.

A SOCIEDADE DOS POETAS MORTOS

O filme conta história de uma academia de ensino extremamente rígida, com um ensino tradicional, conservador como a maioria das faculdades de direito, acredita que o estudo ortodoxo é a única forma de aprendizagem, e conseqüentemente crescimento. John Keantig, sendo o novo professor procurava quebrar estes métodos e o seu meio de ensino fugiam dos padrões estabelecidos pela Academia Welton, o professor utilizava de outros métodos, considerados não tradicionais para propor um ensino diferente, que fizesse seus alunos a pensarem se era realmente isso que eles queriam, ensinou-os a correr atrás de seus sonhos, vocações, através de poesias.

Não lemos e escrevemos poesia porque é bonitinho. Lemos e escrevemos poesia porque somos membros da raça humana e a raça humana está repleta de paixão. E medicina, advocacia, administração e engenharia, são objetivos nobres e necessários para manter-se vivo. Mas a poesia, beleza, romance, amor... é para isso que vivemos. (John Keantig- A Sociedade dos Poetas Mortos).

O ensino jurídico era ensinado de forma tradicional e baseado em doutrinas, livros imensos, horas de estudo e ensino distante da realidade social, indivíduos desmembrados da realidade, iludidos, decepcionados. Alunos que sempre seguem a linha do leia, decore, não se preocupam em formar indivíduos pensadores, com senso crítico, ético, um indivíduo livre, que sensibilize com as situações do seu cotidiano.

John não se preocupava em somente passar para os seus alunos um conteúdo científico, visando cumprir o que estava programado pela instituição, ele acreditava que cada um tinha o seu potencial, podiam pensar por si mesmo, ensinando a enfrentar a realidade.

Keantig ensinava de uma forma ousada e se preocupava com os alunos, e este modo de lecionar era muito mais eficaz do que a forma tradicional que estabelecia regras, normas e ocasionava medo nos alunos.

No ensino atual o aluno quando termina o curso de direito, sai exclusivamente como reprodutor de ideias, sem saber como por em prática, pois, o ensino que predomina está preocupado em formar indivíduos iguais, procuram formar alunos “robôs” e não procura causar reflexão e criticidade nos alunos. A faculdade deveria ser principalmente um meio de formar cidadãos e não um meio de conseguir um diploma superior.

A “Sociedade dos Poetas Mortos” mostra que todos são donos do próprio destino, motiva a sair da nossa zona de conforto, de inovar, de encontrar novas vocações e ir atrás dos sonhos e interesses, que ao fazer escolhas não devem pensar no que a sociedade vai pensar. Faz que cada um reflita sobre o mundo em que vive e que sempre deve renovar os ensinamentos, opiniões para que a humanidade desenvolva e que com isso desperte no aluno à esperança de mudar o mundo.

“O que quer que digam, palavras e ideias podem mudar o mundo.” (John Keantig- A Sociedade dos Poetas Mortos).

Ensina os professores a inovar em suas aulas, ao sair do comodismo, ir além dos próprios limites para ensinar seus alunos, motiva os mesmos a oferecer o que tem de melhor para os alunos, que ao ensinar a desenvolver o senso crítico o estudante se torna um modificador, questionador da sociedade em que vive e consegue construir bons argumentos. Infelizmente o curso de direito não prepara necessariamente para o mundo, para conseguir se preparar para a realidade deve trilhar por caminhos que nos possibilitam isso, e certamente que poucos vão trilhar, a visão do mundo de forma humanística será fundamental para criar profissionais capacitados.

CONCLUSÃO

Por meio da reflexão do estudo apresentado no anteposto artigo, verificamos em primeira situação, a caracterização do ensino jurídico sendo manuseado de uma forma padrão, está sendo sistemática e até mesmo robótica, utilizando-se sempre

dos mesmos métodos arcaicos, sua dinâmica é de forma tradicional, baseado em doutrinas, livros imensos, horas de estudo e ensino distante da realidade social, preocupando-se apenas na formação de um sujeito de forma que este se enquadre nos preceitos que a sociedade o deseja para utilizá-lo.

No entanto, podemos sempre verificar exceções a regra, observamos professores quebrando paradigmas buscando inovações, sonhando com a formação de um sujeito pensante, que sejam moldados com filosofias de vidas, visão de horizonte, críticas construtivas e análises do seu meio sempre em funcionamento.

Assim este sujeito sendo capaz de encontrar por si próprio os elementos necessários para a ajuda na construção de uma sociedade melhor e não apenas ser formado como um produto preestabelecido para a mesma.

Diversos são os campos por onde os educadores podem explorar as capacidades dos estudantes, de formas inovadoras e até mesmo que simplifiquem a dinâmica empregada para o ensino, como a internet, sites acadêmicos, vídeo-aulas a tecnologia dispõe amplas ferramentas, que podem distanciar um pouco das referências já implantadas que partem de livros, enciclopédias ou alguma outra vertente relacionada à leitura, que não são incorretas, porém o que se quer demonstrar com esse artigo é que há além dos livros e enciclopédias outras maneiras de se obter o conhecimento. Metodologias que expõe os conteúdos de forma simplificada e por conseguinte incentivam a vontade do acadêmico em aprender, e que além disso podem facilitar a formação deste sujeito pensante, o aproximando da realidade e da importância da busca pela inovação.

Um caminho para o qual foi voltado destaque, perante este estudo é o cinema que pode trazer excelentes resultados quando o filme for bem selecionado e já pré-analisado pelo professor que o está aplicando, podendo despertar em seus alunos a capacidade de interação, análise, criatividade e também ajuda-los a construir uma opinião crítica sobre determinada matéria a ser estudada. Dispusemos que o cinema seria uma ótima ferramenta para complementar nossos sistemas de ensino.

Por fim cabe citar uma obra cinematográfica "A Sociedade dos Poetas Mortos" que surgiu como fonte de inspiração para todo este estudo, demonstrando por si própria como o cinema é uma ferramenta extremamente estimulante para o ensino e a renovação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aberlandia Gonçalves. **Mídia na escola**: o cinema como recurso estimulador de aprendizagem na escola. Disponível em: <http://dmd2.webfaccional.com/media/anais/MIDIA-NA-ESCOLA---O-CINEMA-COMO-RECURSO-ESTIMULADOR-DE-APRENDIZAGEM-NA-ESCOLA.pdf> Acesso em, 7 de abril de 2016.

BRUTTI, Roger Spode. **A escola, o sujeito e o direito**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 38, fev 2007. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3468 Acesso em, 2 de Abril de 2016.

MACHADO, João Luís de Almeida. **Cinema na Educação** – A Sociedade dos Poetas Mortos. Disponível em: <http://www.planetaeducacao.com.br/portal/artigo.asp?artigo=91> Acesso em, 4 de abril de 2016.

MORAES, Patrícia Regina de. SOUZA, Indira Coelho de. PINTO Denise Almada de Oliveira. ESTEVAM, Sebastião José. LIMA, Alessandra da Silva. **O Ensino Jurídico no Brasil**. Disponível em: http://unifia.edu.br/revista_eletronica/revistas/direito_foco/artigos/ano2014/ensino_juridico.pdf Acesso em, 5 de abril de 2016.

VESCE, Gabriela E. Possolli. **Relação entre Cinema e Educação**. Disponível em: <http://www.infoescola.com/pedagogia/relacao-entre-cinema-e-educacao/>. Acesso em: 7 de abril de 2016.

A QUALIDADE DE VIDA NA TERCEIRA IDADE: ENTREVISTAS COM USUÁRIOS DA ASSOCIAÇÃO DA TERCEIRA IDADE MAIRINQUENSE¹

Vívia Aparecida da Silva Ogg²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca realizar um estudo sobre a situação do idoso no Município de Conselheiro Mairinck, onde a chamada popularmente de terceira idade onde há algum tempo vem sendo rejeitada pela sociedade, pela família e até mesmo pelos próprios idosos que perderam sua autoestima e sua coragem perante o tratamento injusto e desumano que recebem. Esta faixa etária chamados de “velhos” são culpados e desprezados pela sociedade que é indiferente às suas dores, lamentos, dificuldades, necessidades e problemas físicos, emocionais e sociais.,

Através deste trabalho de pesquisa objetivamos em primeira instância abordar e de levantar um breve dado estatístico da realidade vivida por diversos idosos de nosso Município de Conselheiro Mairinck – Paraná, o que não com certeza, não difere de outras cidades circunvizinhas, a nível estadual e outros níveis da vida humana, mas com o intuito de esclarecer, não só aos idosos, mas também a todos os interessados nesta análise humana na atual situação que é vivida pela nossa terceira idade e suas consequências no cotidiano de vida.

Justifica-se este nosso trabalho no sentido de que a chegada à terceira idade às limitações sobre um corpo já muito vivido, já não têm a mesma vitalidade, a rapidez dos movimentos e do raciocínio, a mesma coordenação motora de outrora.

Temos como hipótese central que a saúde e a qualidade de vida dos idosos, mais que em outros grupos etários, sofrem a influência dos múltiplos fatores físicos, psicológicos, sociais e culturais. Assim, avaliar e promover a saúde do idoso significa considerar variáveis de distintos campos do saber, numa atuação interdisciplinar e de valorização do ser humano.

¹ Compilação do Trabalho de Conclusão de Curso: **OGG**, Vivia Aparecida da Silva. **“A qualidade de vida na terceira idade”**. 41 p. Trabalho de Conclusão de Curso de Serviço Social apresentado à UNOPAR – Universidade Norte do Paraná. Ibaiti – Paraná, 2010.

² Especialista em Gestão da Política de Assistência Social na Perspectiva do Sistema Único de Assistência Social – SUAS. Bacharel em Administração de Empresas pela Faculdade do Norte Pioneiro – FANORPI. Bacharel em Serviço Social pela Unopar. Docente no curso de Serviço Social na Unopar – Santo Antonio da Platina.

Diante da realidade inquestionável das transformações demográficas iniciadas no último século e que nos fazem observar uma população cada vez mais envelhecida, evidencia-se uma importância de garantir aos idosos não só uma sobrevivência maior, mas também, uma boa qualidade de vida.

Entende-se também que a aposentadoria, apesar de ter como proposição a garantia de direitos e de inclusão social, seus valores, do ponto de vista econômico, não permitem o atendimento satisfatório das suas necessidades de sobrevivência, especialmente dos mais pobres que evidenciam um envelhecimento, no geral, patológico e com incapacidades associadas, requerendo, portanto, maior demanda de recursos tanto do sistema formal que é representado pelo Estado, a sociedade civil bem como do sistema informal que é representado pela família.

Busca-se, enfim, neste trabalho enfatizar a importância da estruturação de vida na Terceira Idade, analisando a situação existencial, a saúde física e mental, destacando seus desdobramentos psicológicos e sociais.

UMA VISUALIZAÇÃO PANORÂMICA DO PERFIL DO CIDADÃO NA TERCEIRA IDADE

A Organização Mundial da Saúde (OMS/1998) classifica o envelhecimento em quatro estágios: a meia idade de 45 a 59 anos; o idoso de 60 a 74 anos; o ancião de 75 a 90 anos; e a velhice extrema de 90 anos em diante. .

Através do processo do desenvolvimento humano, entre o nascer, crescer, reproduzir e morrer entende-se que a velhice é a etapa mais longa da vida. Entretanto, qualquer ser humano quer viver mais, mas, paralelamente, ninguém quer ficar “velho”. O significado de “velho”, traz no bojo de sua essência um conjunto imenso de conotações pejorativas, pois vive-se numa sociedade que idolatra a juventude, a beleza e a força física, e onde ser idoso, é estar num universo de rejeição, exclusão e preconceito.

Zimmerman (2000, p. 19), defende o velho, no livro “Velhice”:

Velho é aquele que tem diversas idades: a idade, do seu corpo, da sua história genética, da sua parte psicológica e da sua ligação com sua sociedade. É a mesma pessoa que sempre foi. Se foi um batalhador, vai continuar trabalhando; se foi uma pessoa alegre, vai continuar se alegrando; se foi uma pessoa insatisfeita, vai continuar insatisfeita; se foi ranzinza, vai continuar ranzinza.

Observa-se nos dias de hoje, que o perfil das pessoas idosas mudou e muito nos últimos anos. Mesmo sendo um universo heterogêneo, lembramos fortemente que na época de nossos avós, recolhiam-se em seus aposentos e viviam dedicados aos netos ou a narrar as suas memórias, lembrar das coisas do seu passado, sendo uma pessoa inativa e excluída no presente.

Amaral, Pomatti e Fortes (2007, p.19) afirmam que:

No fenômeno do envelhecer não se pode pensar somente em deixar de ser produtivo, em restringir-se às privações ou dependências. É preciso pensar também em plenitude, sabedoria e renascimento para uma nova etapa da existência. É aprender a conviver e aceitar algumas dificuldades que surgem nesse processo do envelhecimento e procurar compensá-las com o conhecimento adquirido nos anos vividos, até porque não é possível negar essa fase, que é progressiva e própria do ser humano.

Entretanto, mantendo um contato mais próximo com os mais idosos, verificam visualmente que estes ainda possuem vitalidade para viver novos projetos e olham com otimismo para o futuro e também mantêm acesas ações para intervir nas mudanças sociais e políticas de nossa sociedade.

Na atualidade, a velhice deve ser considerada uma questão social, pois o envelhecimento social da população traz uma modificação no status do idoso e no seu modo de se relacionar com outras pessoas ou grupo de pessoas, determinando com isso uma série crise de identidade proporcionada pela sua posição e a falta de papel social, desenvolvendo uma baixa autoestima para os idosos.

No Brasil, a questão do trato com a velhice, que era para alguns a fase terminal de uma vida, somente atingiu um nível de atenção por parte do poder público na Constituição de 1988, quando, entre outras medidas, o termo velho, presente em documentos de órgãos oficiais como o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), antes dos anos de 1960, foi substituído por idoso.

A Constituição Brasileira, em seu artigo 230, consolidou o dever do Estado, da família e da sociedade de amparar o idoso, passando à implementação de políticas sociais que já eram reivindicadas por este segmento. A criação do Estatuto do Idoso, no ano de 2003, após tramitar por sete anos no Congresso Nacional, em seu art.1º, regulou os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. (BRASIL, 2003).

Também há que se considerar que a aposentadoria é outro fator que reflete nas pessoas mais idosas, pois ao se aposentar lhe restam ainda muitos anos de

vida e este deverão estar preparados para esta nova fase da vida, a ociosidade que muitas vezes aparece na vida dos mesmos, onde muitos se tornam pessoas isoladas, deprimidas e sem motivação para viver.

As ciências sociais hoje em dia, estão dando um novo formato visando a integração de todos os indivíduos na sociedade. Entre eles, os mais excluídos, ou seja, os que menos participam e intervêm na sociedade são os deficientes e os idosos.

Em épocas anteriores, uma pessoa de idade era tida como um indivíduo senil que tinha como privilégio uma aposentadoria desrespeitosa. Nos dias atuais esta situação está mudando, pois a consciência social busca uma melhor qualidade de vida para os idosos, oferecendo instrumentos que os tornem capazes para enfrentar o decréscimo das habilidades físicas e emocionais, que são fundamentais para que continuem na sociedade, reconhecidos como autônomos capazes de um exercício pleno da cidadania e de produção no mundo do capital.

Um dos maiores problemas dos idosos é a solidão, pois eles não conseguem acompanhar o avanço dos costumes e da tecnologia, sendo assim excluídos da sociedade. Os que tão acima de 90 anos de idade sentem a exclusão ainda mais do que os outros, porque vivem defasados das emoções de sua geração, além de não saber lidar com os novos costumes e projeções tecnológicas como, por exemplo, a Internet.

Donft (1979) diz que:

[...] os idosos têm um grau de realidade muito forte. A solidão é verdadeira. Eles carregam uma tristeza, que não chega a ser depressão ou morbidez, apenas encaram a situação de frente.

É dever da família, da sociedade e do estado amparar o idoso garantindo-lhe o direito da vida. A família deve amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL, 2003)

Mas infelizmente, em alguns casos de falta de compaixão e solidariedade, junto com egoísmo faz com que famílias entreguem seus pais à asilos fazendo com que eles se sintam menosprezados e inúteis, e na maioria da vezes depois de um ano nunca mais vão visitá-los.

Esperar por alguém, com compaixão que lhes faça, nem que seja por um minuto, se sentirem valorizados. Atitudes de alguns grupos sociais, de escolas, que

as vezes se lembram de que enquanto vivem em harmonia com seus amigos existem pessoas solitárias que também precisam conversar e fazer amizades.

Em tempo de reforma social, se enfatiza o papel que tem de assumir o Educador social, nos mais diversificados contextos de intervenção. Particularizando os idosos que são marginalizados pela nossa sociedade. Sociedade essa, que de modo direto ou indireto, tem "arranjado" mecanismos para não permitir a participação e intervenção desses mesmos idosos (BRASIL, 2003).

Segundo Gaspar (2000, p. 19):

O problema social dos idosos é um dos mais graves problemas sociais e a maior parte das soluções em vigor é insatisfatória e contribui para criar nas pessoas e na opinião pública, a ilusão de que o problema vem sendo resolvido.

Ainda segundo o mesmo autor atualmente, vivemos numa "sociedade do espetáculo, onde só cabem os cidadãos que mantenham um vínculo com o trabalho, e os que consigam exibir-se de algum modo. No que se refere ao trabalho, reside-se logo o grande problema dos idosos, que deixam de ter vínculo com ele, ou seja, deixa de "interessar" a sociedade". (Idem).

Assim sendo, sem trabalho e sem ocupação de tempo, os idosos tornam-se num grupo na paralela da sociedade, com óbvias dificuldades de integração na sociedade, apesar de suas fortes vontades de estar integrados.

Talvez por "problemas de consciência social" a tal "sociedade de espetáculo" tenta arranjar umas falsas soluções. Destas, destacamos algumas formas de ocupação do tempo, tais como, "os passeios para idosos", "as colônias de férias para idosos", "o campismo para idosos", que não são mais de que meras formas desestruturadas e pontuais produzidas pela "sociedade de espetáculo". A respeito disso, pode-se ver que essas atividades separam ainda mais os idosos do resto da sociedade. Pondo-os a conviverem entre si, poderão diminuir a solidão, mas não proporcionaram possibilidades de conviverem com outras idades, ou seja, vão formar uma sociedade excluída, à "sociedade dos idosos". (Idem p. 20)

É interessante observar que tanto a literatura específica quanto à sociedade, tem uma necessidade de se utilizar de "rodeios" para suavizar o peso que a palavra "velho" carrega em si, então se fala em pessoas "idosas" ou da "terceira idade", mas alguns estudiosos colocam que a velhice é algo singular e subjetivo e que ultrapassa

categorias gerais que a definem, como por exemplo, o Estatuto do idoso que em seu 1º artigo institui idade igual ou superior a 60 anos como sendo a idade da velhice.

A este respeito, Mascaro (2004, p. 29), diz o seguinte:

Embora a sociedade estipule os marcos de idade, o mais importante é você perceber que a “idade da velhice” é relativa e não tem o mesmo significado para todas as pessoas. [...] o envelhecimento, a vivência e a situação do idoso é marcadamente diferente se ele é rico ou pobre, se é saudável ou doente, se é dependente ou independente, se é homem ou mulher, se trabalha ou é aposentado, se mora em sua casa ou em asilo, por exemplo. Basta olharmos a nossa volta para percebermos a existência de muitos contrastes e, portanto de uma grande diversidade de velhices.

Importante ao enfrentar esta fase do “envelhecer” é simplesmente ter em mente que é uma nova etapa de sua vida, que deve ser vivida de maneira intensa e positiva, saudável e feliz, curtindo a vida, a natureza, o mundo.

Coelho (2001, p. 27) cita que: “Velho, ou rico ou pobre, é ser discriminado. Mas ser velho e pobre é pior do que ser discriminado. É ser totalmente desprezado.”

Porém, o que se observa, é que a situação do idoso em nossa sociedade, é muito delicada, pois o sistema capitalista, a sociedade de consumo, com o espírito voltado para a produção, rendimento e eficiência, considera o idoso como um “peso”, alguém que não produz, onerando a sociedade, sendo este marginalizado pela mesma sociedade que ajudou a construir. Isto faz com que o idoso se transforme numa pessoa à margem da sociedade, ao contrário de uma vida que poderia ser repleta de vivências e realizações. Infelizmente, a visão de nossa sociedade é que o processo de envelhecimento pode ser comparado ao processo de desenvolvimento. Nele sempre ocorrem ganhos e perdas. Porém quando se refere ao processo de envelhecimento, geralmente as perdas são ressaltadas e dificilmente os ganhos são reconhecidos.

Enquanto a ciência se torna capaz de prolongar a vida do ser humano, a sociedade em contra ponto, desestimula a participação da população idosa nos processos socioeconômicos e culturais de produção, decisão e integração social. (COELHO, 2001, p. 29).

Zimermam (2000, p. 22) defende que a sociedade deve no mínimo buscar aceitar e rever sua imagem em relação ao idoso:

Deve-se aceitar a vida longa como um prêmio, pois a velhice é um tempo de intenso desenvolvimento social, pois não há nada plausível que justifique a

exclusão dos idosos. Quem envelhece não deseja que a sua vida sofra uma contração, pois apesar das perdas, das dificuldades e dos problemas, os idosos quer viver, mesmo sendo velho, porque pode contar com a ajuda de sua experiência para viver mais plenamente, como direito, após anos de luta e trabalho.

Há que se considerar que para o grupo populacional da terceira idade, pode e deve participar ativamente, principalmente por seu crescimento demográfico, podendo assumir e exercer maior pressão, junto às instituições e organismos públicos. As diversas fases da vida do indivíduo merecem toda atenção e respeito pelos processos que viveu e sofreu no decorrer de sua experiência de vida.

Segundo Luft (1991, p. 112) cita que:

[...] como uma faca de dois gumes embora se ampliem os prazos e se transformem os conceitos, na nossa cultura de um frenético endeusamento da Juventude, amadurecer é quase uma infâmia; envelhecer, uma sentença mortal.

Entende-se com isso que em nossa sociedade atual, a velhice é encarada de forma diferenciada, tanto no meio social, bem como e, principalmente, na própria família, o que define a geração de inúmeros preconceitos. Preconceitos estes que vai além do enfrentamento pelos idosos de problemas físicos e psicológicos próprios da idade. Também os idosos se sentem desamparados pelo Governo e finalmente desamparados pela própria família.

Na modernidade, o velho não é objeto de inclusão, ele não é mais considerado produtor de bens, nem um consumidor importante, perdendo assim seu valor social, o velho também perde seu valor simbólico positivo.

Desse modo muitos idosos são excluídos de suas famílias, e as perdas são iminentes nessa fase, como, morte do cônjuge, aposentadoria, limites físicos, entre outros, fatores que fazem com que muitos idosos sejam levados a asilos ou mesmo que procurem essa alternativa, para talvez restabelecer o sentimento de pertencer a um grupo de convivência.

Mascaro (2004, p.33), discorre:

Perdendo seu valor social, perde seu valor simbólico positivo. Passa assim a ocupar um lugar marginalizado da existência humana, transforma-se numa espécie de sujeito em “suspensão”, sujeito sem projetos. Sem futuro, será então sujeitado pelo passado, que na forma de uma reminiscência repetitiva produzirá um discurso que perderá significação social se ninguém o escuta.

Evidencia-se que o descaso da sociedade brasileira com seus idosos, estes sendo abandonados em asilos e instituições, esquecidos pelos parentes e familiares, carentes de afeto, amor e muitas vezes trabalhando para sustentar a família ou desvalorizados pelos mais jovens.

Mas importante é ver que apesar de tudo, nossos idosos tentam e podem conseguir ser felizes, se souberem desfrutar essa etapa da vida, munidos da experiência que eles guardam para transmitir aos mais jovens, os mais inexperientes sobre a sobrevivência humana.

A TERCEIRA IDADE E A QUALIDADE DE VIDA

Muitos tabus e preconceitos precisam ser quebrados, inclusive pelos próprios idosos. E o profissional da área do Serviço Social, como profissão que está constantemente em contato com estas pessoas, deve contribuir para tal mudança, não somente por atuar em uma saúde preventiva, mas também como indivíduo que provavelmente tenha a sorte de passar por esta fase do ciclo vital.

Alguns destes idosos já se deram conta de que não devem permanecer inertes, foram em busca de atividades que lhes trouxessem retorno e estão descobrindo que são capazes de fazer tantas coisas que jamais pensaram, aprendendo a enfrentar obstáculos que lhes pareciam intransponíveis.

A busca de uma Qualidade de Vida com excelência tem sido uma das buscas constantes do ser humano, desde o nascimento até a condição de adulto constitui um compromisso pessoal onde se busca numa contínua e insistente condição de uma vida saudável, desenvolvida à luz de um bem-estar indissociável das condições do modo de viver, como: saúde, moradia, educação, lazer, transporte, liberdade, trabalho, autoestima, entre outras.

A qualidade de vida, por sua vez, tem-se constituído, neste início de século, em uma preocupação muito grande, e todos indivíduos estão envolvidos com a saúde coletiva, sabe-se que ela é fundamental para a manutenção da saúde.

Para Knorst et al, (2001, p.30) “o conceito de qualidade de vida está relacionado com sensação de bem-estar, ter autonomia, independência, satisfação pessoal...”. Existem pessoas que conseguem atingir a terceira idade de forma sadia, mantendo a mente e o corpo ativos. Ou seja, de nada adianta um corpo vigoroso sem um cérebro trabalhado.

Na visão de Lima (2001, p.19) “os cientistas estão começando a entender o quão profundamente uma pessoa pode influenciar os fatores que controlam o funcionamento mental”.

A qualidade de vida do ser humano expressa a qualidade de sua saúde, suas possibilidades e limitações individuais e coletivas. Representa o processo de satisfação de suas necessidades primitivas e culturais de bem viver, de sobrevivência e transcendência, como ter alimentos, conhecimentos, abrigo, afetividade e trabalho digno.

A capacidade e a liberdade de interagir socialmente são fundamentais para o idoso, tendo em vista sua necessidade de conquistar e manter as suas bases de apoio social e garantir uma maior qualidade de vida e de satisfação em estar fazendo parte de um grupo de amigos. Muitos estudiosos e palpiteiros propõem que o apoio e a rede de relações sociais na velhice, quer seja com o cônjuge, com os familiares e/ou principalmente com amigos da mesma geração, favorecem o bem-estar psicológico e social dos idosos. .

De acordo com Galvão (1999, p. 155) “o termo Qualidade de Vida tem recebido uma variedade de definições ao longo dos anos. A Qualidade de Vida pode se basear em três princípios fundamentais: capacidade funcional, nível socioeconômico e satisfação”.

Entende-se por velho aquele que tem muitos anos de vida e uma grande experiência acumulada. Ser velho é uma condição visível que determina as possibilidades de interrelacionamento social. O envelhecer não é somente um "momento" na vida de um indivíduo, mas um processo pouco conhecido que traz várias implicações para quem a vivencia.

Promover qualidade de vida para os idosos é preocupar em integrá-los entre as pessoas que estão sempre em mudança vivendo numa sociedade em constantes mudanças. O envelhecimento pode trazer consigo uma série de implicações, dentre elas a redução da mobilidade motora, da capacidade de concentração, da velocidade de reação e da coordenação, o que pode contribuir para que a pessoa torne-se insegura, sem motivação, depressiva e desvalorizada.

Entretanto, todas essas alterações podem ser amenizadas, principalmente através da prática da atividade física.

Ainda de acordo com o mesmo autor Galvão (1999), a qualidade de vida pode estar relacionada com os seguintes componentes: capacidade física, estado

emocional, interação social, atividade intelectual, situação econômica e autoproteção de saúde.

A qualidade de vida na terceira idade pode ser influenciada por alguns aspectos, tais como: o aspecto físico, que é caracterizado pelo crescente declínio das funções dos sistemas fisiológicos comprometendo a saúde, o aspecto psicológico, caracterizado por perdas na autoimagem e autoestima.

Essas perdas são significativas devido ao envelhecimento, no sentido de se sentirem inúteis, pouco estimados e respeitados; e no aspecto social, a sociedade aliena o idoso do processo social.

Os diversos transtornos da vida como: perdas afetivas, aposentadoria, afastamento de atividades profissionais, sociais e familiares e dificuldades econômicas podem levar o idoso a apresentar problemas de saúde mental.

A qualidade de vida é tida como uma conquista, mas na verdade deve ser vista como um direito de todos. No Brasil, no entanto, isto é problemático, pois, devido às condições de desigualdade, injustiça e exclusão social, são poucas as pessoas que têm acesso a um serviço de saúde adequado às suas necessidades, ou seja, algumas pessoas já possuem uma qualidade de vida deficiente, e isto constitui um fator determinante tanto para a dificuldade de acesso aos serviços de saúde de qualidade quanto para a satisfação de suas necessidades.

Na realidade, o conceito de Qualidade de Vida varia de acordo com a visão de cada indivíduo. Para alguns, ela é considerada como unidimensional, enquanto, para outros, é conceituada como multidimensional. (LIPP, 1996, p. 53).

A Qualidade de Vida boa ou excelente é aquela que oferece um mínimo de condições para que os indivíduos possam desenvolver o máximo de suas potencialidades, vivendo, sentindo ou amando, trabalhando, produzindo bens ou serviços; fazendo ciência ou artes; vivendo “[...] apenas enfeitando, ou, simplesmente existindo. Todos são seres vivos que procuram se realizar” (Idem p. 54).

Entretanto, grande parcela das pessoas busca agregar qualidade de vida com o fato de ter uma excelente saúde. Neste caso, a saúde deve ser encarada como um produto das condições objetivas de existência. É resultado de uma condição de vida biológica, social e cultural e, particularmente, das relações que os homens estabelecem entre si e com a natureza, através do trabalho.

Para Galvão (1999, p. 157):

Assim, como é difícil conceituar Qualidade de Vida, a sua medida também o é, já que ela pode sofrer influência de valores culturais, éticos e religiosos, bem como de valores e percepções pessoais. Esse caráter de subjetividade de que se reveste o conceito de qualidade de vida baseia-se na realidade individual que converge no subjetivismo, constituindo-se, assim, num conceito muito complexo e de difícil avaliação.

Avaliar a qualidade de vida do idoso implica a adoção de múltiplos critérios de natureza biológica, psicológica e socioestrutural, pois vários elementos são apontados como determinantes ou indicadores de bem-estar na velhice: longevidade, saúde biológica, saúde mental, satisfação, controle cognitivo, competência social, produtividade, atividade, eficácia cognitiva, status social, renda, continuidade de papéis familiares, ocupacionais e continuidade de relações informais com amigos. (LIPP, 1996, p. 55).

Qualidade de vida diz respeito ao bem estar do indivíduo que não se liga unicamente ao fator saúde/ausência de doença, embora se ligue ao próprio corpo. Uma boa saúde física leva ao bem-estar. De modo análogo, um corpo não saudável, certamente influirá em várias áreas da vida do ser humano.

Lipp (1996, p. 13) define qualidade de vida como “o viver que é bom e compensador em pelo menos quatro áreas: social, afetiva, profissional e a que se refere à saúde”.

Concordando com a autora, pode-se dizer que a qualidade de vida:

[...] aplica-se ao indivíduo aparentemente saudável e diz respeito ao seu grau de satisfação com a vida nos múltiplos aspectos que a integram: moradia, transporte, alimentação, lazer, satisfação/realização profissional, vida sexual e amorosa, relacionamento com outras pessoas, liberdade, autonomia e segurança financeira. (SILVA, 1999, p. 261 apud MOREIRA, 2001, p. 35).

O termo qualidade de vida tem sido utilizado por diversas áreas. Na área empresarial apresenta, algumas vezes, uma visão “funcionalista” e pode ser uma nova forma de exploração do trabalhador. Medidas que deveriam ser relacionadas às áreas da educação, saúde, habitação e lazer podem ser trocadas por medidas que visam, na realidade, mais qualidade no produto e maior produtividade.

O bem-estar do idoso é resultado do equilíbrio entre as diversas dimensões da sua capacidade funcional e social. Assim, quanto mais ativo o idoso, maior sua satisfação, conseqüentemente melhor sua qualidade de vida (Idem p. 41).

A conscientização quanto à qualidade de vida do idoso tem despertado na mídia a responsabilidade de participar e tentar influenciar a sociedade. A volta desse grupo ao mercado de trabalho tem incentivado e alimentado à expectativa positiva e aspirações dos grupos da melhor idade, constituindo-se uma enorme contribuição para o bem estar e do revigoramento emocional dos cidadãos considerados terceira idade.

Pesquisas demonstram que a prática de exercícios físicos regulares, além dos benefícios fisiológicos, acarreta benefícios psicológicos, tais como: melhor sensação de bem estar, humor e autoestima, assim como, redução da ansiedade, tensão e depressão.

É comprovado que pessoas fisicamente ativas, em qualquer idade, apresentam melhor saúde mental do que sedentários. A implantação de um programa de exercícios físicos para pessoas idosas tende a aumentar seu estado de saúde, diminuindo a dependência, a ociosidade, favorecendo a socialização, e com isso melhorando sua qualidade de vida.

ALGUNS MITOS E ALGUNS PRECONCEITOS PELA FALTA DE INFORMAÇÃO DE NOSSA SOCIEDADE

Devido às suas debilidades normais da idade, o idoso em seu próprio contexto social, é vítima de discriminações, e assim sente-se acuado e como consequência, perde a iniciativa, a motivação e a força de produtividade. Nossa sociedade o coloca numa situação típica de marginalização social, na medida em que ergue contra eles barreiras e atitudes de preconceito e discriminação, além de rejeição por muitos.

Percebe-se uma grande falta de respeito e consciência perante o sofrimento pelos quais passam nossos “velhinhos”, transformando-os em cidadãos à margem da convivência dentro da sociedade e de ter uma vida mais produtiva e repleta de novas experiências, vivências e realizações.

Coelho (2001, p. 45) cita que a:

A Organização das Nações Unidas – ONU instituiu o Ano Internacional do Idoso, o pressuposto era de que, nesse ano, em todos os países do mundo se comemorasse a data com eventos cívicos e se votassem Leis sociais, assistindo aos idosos.

Alguns governos, incluindo o Brasil, nomearam comissões para estudar medidas a serem tomadas nesse sentido, mas ficou tudo na mesma situação. O Ano Internacional do Idoso, foi apenas um levante sem bandeira oficial, acabou e nada de diferente foi idealizado.

O realmente se percebe na atualidade é que a ciência pode tornar capaz o prolongamento de vida do ser humano, entretanto, a sociedade não compartilha com a ciência, pois desestimula a participação de idosos nos principais processos da economia, na cultura e nas inserções mais inovadoras da sociedade de nosso País. Não se dá a devida importância àqueles que não têm qualquer significado para esta mesma sociedade, pois para a grande maioria, o bom é conviver com o poder, a riqueza, a beleza e a juventude. E, conseqüentemente, há o desprezo para as pessoas consideradas dependentes, o pobre, o feio, e principalmente, o velho, não lhes dando o devido valor, o devido carinho e a devida consideração pelos feitos realizados durante sua vida produtiva.

Segundo Zimerman (2000, p. 31) diz que:

O velho é uma pessoa que tem história, que acumulou experiência de vida e adquiriu maior tranquilidade e profundidade. O velho é mais lento do que o jovem, não consegue percorrer determinada distância com a mesma velocidade de antes, mas com certeza tem condições de vencê-la.

Felizmente para nós que atuamos no Serviço Social, os mitos e preconceitos que foram construídos sobre os idosos, estão se quebrando, estão sendo desmistificados, observa-se que os que envelhecem não podem e nem querem ser excluídos da luta pela construção de uma nova sociedade, uma vez que todo o sistema que está no segmento da sociedade não estão respondendo de acordo, com as exigências da posteridade, de um futuro, de um novo tempo.

Vamos tecer abaixo, alguns mitos e preconceitos sobre a Terceira Idade, onde foram pinçados da Revista Construir Notícias (2007, nº 09, p. 08), que achamos interessante neste nosso tópico, cita a Revista:

A inteligência diminui com a idade? Não diminui: haja vista a produção intelectual, artística, empresarial, social e religiosa de pessoas acima de 60, 70 e 80 anos ou mais;

O idoso não aprende? Inverdade: as universidades da terceira idade estão por aí para provar do que os alunos idosos são capazes. Eles aprendem o que querem aprender, o que lhes interessa;

O idoso perde a capacidade sexual: Inverdade: o que ocorre é a redução da frequência das relações sexuais, e, por falta de informações, algumas

mulheres, após a menopausa, não querem mais ter relações sexuais porque acreditam ter perdido a capacidade reprodutiva;
Idoso só deve conviver com idoso? Errado: ele tem que conviver com outras faixas etárias, dar e receber experiências, afeto, emoções, num processo de relação com pessoas de outras gerações;
Velhice é doença? Inverdade: esquecemos que a doença atinge pessoas de todas as idades. Há idosos sadios física e mentalmente, ativos, participantes, que, embora com idade avançada, continuam produzindo economicamente, social, cultural e filantropicamente;
O idoso está mais perto da morte? Errado: na sociedade atual todos estamos próximos da morte, em razão de doenças contagiosas, acidentes de trânsito, falta de segurança pública (guerra urbana), entre outros fatores;
Idoso não tem futuro? Inverdade: tem que se preparar sim, porque ele tem futuro. Não deve morrer socialmente, mas se preparar para viver a aposentadoria. Em razão do tempo livre que vai ter, deve fazer um projeto de vida para esse novo tempo social;
O aposentado é mantido pelo governo? Inverdade: ele contribuiu durante trinta ou mais anos para a Previdência Social. Agora é a hora de obter retorno das contribuições feitas. Aposentadoria não é dádiva, é justiça.

Pode-se entender então, que a cidadania é uma condição onde nossos idosos desejam ser também protagonistas desta luta social, pois vê-se que o idoso, se quiser, é capaz de aprender coisas novas, de ser produtivo e de estar presente nos momentos importantes e vitais de nossa sociedade.

A pessoa da 3ª idade, quando consciente desta cidadania, desenvolve seus potenciais, começa a pensar e a agir, como também a exigir tratamento diferenciado. Deve, ele o idoso, aprender a enfrentar obstáculos que antes lhes pareciam intransponíveis.

Posto isto, surge então a necessidade de atuarmos na conscientização e de união de esforços das pessoas leigas, dos políticos, dos familiares, de todos os especialistas que trabalham com este setor da sociedade, para mudar o olhar sobre o idoso, ampliar no horizonte uma crença nas possibilidades de inserção social, profissional, de dar oportunidade à estes de ser úteis e não apenas compaixão e rejeição, é trazer estes nossos idosos junto conosco para dar oportunidade de uma velhice participativa, feliz, produtiva e na troca das experiências que os mesmos podem contribuir com certeza.

A TERCEIRA IDADE E A ÁREA DE AÇÃO DO ASSISTENTE SOCIAL

Quando se fala do Serviço Social e sua inserção na sua atuação junto à terceira idade, sempre há uma vaga em nosso pensar que estes terão sempre um privilégio e uma prioridade na assistência, na atenção, no carinho, no trato e na possibilidade de dar “estímulos” e “perspectivas” de uma vida com mais digna e com

mais qualidade de vida, para a sua sobrevivência nos anos que lhes restam para completarem sua missão nesta etapa da vida. Sem perder de vista a totalidade das relações sociais e sua evolução em nosso contexto político, econômico, cultural e ambiental.

Viu-se no decorrer dos estudos sobre a terceira idade, suas etapas e suas propriedades características, principalmente, nas transformações, na estrutura da sociedade onde a sociedade evoluiu na corrida contra a performance e a produtividade do ser humano, do homem, mas, a terceira idade ficou à margem desta seletividade produtiva do mundo capitalista.

Então, mediante esta sistemática social, e atendendo às novas exigências, o Serviço Social na prática com o idoso, tem o desafio de conscientizar a população do verdadeiro papel do idoso, garantindo o seu lugar numa sociedade que passa por grandes mudanças que estão centradas no avanço tecnológico, favorecendo a relação entre mercado e consumo, e nessa lógica valoriza-se quem produz e consome.

O desafio do Serviço Social, diante da questão do idoso, que vive momentos de exclusão social, é proporcionar um diálogo entre as diferentes faixas etárias a fim de despertar a sensibilidade por todas as pessoas que sofrem diversas formas de discriminação, além de potencializar a pessoa idosa a acreditar em si, como pessoa de direitos, isso os levará a redescobrir sua verdadeira identidade, assumir-se como pessoa imprescindível a sua produtividade social.

O Assistente Social deve atuar, sempre que possível, com os demais profissionais, numa ação interdisciplinar que congregue esforços no seu fazer cotidiano e na aliança de parceiros para a consolidação dos direitos dos idosos.

O campo profissional de atendimento à população é bastante amplo com tendências de ascensão a curto, médio e longo prazo, devido ao aumento demográfico.

De acordo com o artigo 230 da Constituição Federal de 1988: “A família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Mas, apesar de todo este aparato legal, o Estado e a sociedade civil como um todo não prima pela que está estabelecido na Constituição, cabendo ao Serviço Social, junto aos idosos e seus familiares, trabalharem essa necessidade social.

Ainda se dá a função ao Serviço Social, em sua função educativa e política, trabalhar os direitos sociais do idoso, resgatar sua dignidade, estimular a consciência participativa do idoso objetivando sua integração com as pessoas, trabalhando o idoso na sua particularidade, levando em consideração que ele é parcela de uma totalidade que é complexa e contraditória.

No tocante à família e à sociedade civil, o Serviço Social tem como missão profícua, proporcionar considerações e reflexões sobre o idoso, baseando numa visão transformadora e crítica, despertando em ambas o cuidado e o respeito pela pessoa idosa. Isso servirá como sinal de valorização do respeito pelo nosso próprio futuro, pois haveremos de adquirir idade e inevitavelmente nos confrontaremos com a velhice.

Importante, observar que os segmentos comprometidos com mudanças sociais e nesse contexto o Serviço Social encaixa-se perfeitamente, onde se reconhece o idoso como sujeito, cidadão, vislumbrando o seu valor. Porém, a valorização do idoso não deve partir somente do segmento que trabalha nesta área, mas, principalmente, do eixo familiar, uma vez que é referência para a sociedade, uma experiência de vida à toda prova.

De acordo com a ocorrência citada acima, Kaloustian (2000, p. 23) alerta que: “O Serviço Social liberto das amarras da prática tradicional tem uma visão transformadora e crítica da sociedade, propicia a percepção da família no interior das questões mais amplas contraditórias e complexas.”.

O Serviço Social no trato com a família do idoso, deve orientá-los a respeitar a tomada de decisão do idoso consciente, respeitando sua autonomia e liberdade pessoal.

De acordo com Néri (2000, p. 242) “temos que cuidar para não vitimar e ou discriminar o idoso, cujas relações com a família, sociedade e as gerações mais jovens já foram suficientemente marcadas por preconceito”.

A pretensão mais difícil deste nosso trabalho foi o de registrar informações à cerca do Serviço Social na prática com a terceira idade, tendo como determinante a autovalorização do idoso embasado numa concepção homem-mundo, tendo o Serviço Social uma atuação interventiva na realidade social, com propensão a modificar e transformar a realidade do idoso, vendo-o sujeito de direitos e valorizando-o na sociedade, procurando por intermédio de ações interventivas, superar as formas de isolamento e exclusão social.

Para Goldman (2005) a esfera do Serviço Social junto à terceira idade pode estabelecer alguns princípios elementares como:

- Na área da saúde: em hospitais, da rede pública e privada, nos postos de saúde, em instituições asilares, nas campanhas comunitárias de vacinação, de prevenção de doenças, na prevenção de quedas, no acompanhamento domiciliar, na informação junto à família, na formulação de políticas de saúde, na orientação, assessoria e consultoria dos movimentos dos usuários de saúde, que contemplem as demandas dos idosos, não de forma exclusiva e outras atividades;
- Na área da Previdência Social: nos postos de Previdência social, orientando e viabilizando usufruto dos direitos previdenciários. Em todos os locais de atendimento aos idosos esclarecendo direitos e informando aos usuários quanto aos benefícios da Previdência, nas campanhas comunitárias de esclarecimento, na formulação da política previdenciária na orientação, assessoria e consultoria dos movimentos dos aposentados e pensionistas e outras atividades;
- Na área da Assistência Social: nas repartições públicas de todas as esferas, nas instruções estatais, nas organizações sociais privadas, nas comunidades, em todos os espaços que congregam idosos e seus familiares para orientação, prestação de serviços e, especificamente sobre o benefício da prestação continuada. Participar da formulação de políticas da área, da assessoria, consultoria e orientação aos movimentos da Assistência Social, dos Conselhos da Assistência em todos os âmbitos, além de outras atividades;
- Na área da Educação: atuar nos espaços educativos destinados aos idosos, como as Universidades para a terceira idade, as escolas para idosos, os grupos de convivência, os centro-dia, as entidades de cultura e lazer, as associações de moradores de bairros e das comunidades, as associações de aposentados e pensionistas, para compartilhar das equipes interprofissionais de experiências de educação social e política, que envolvam e preparem os idosos para o exercício pleno da cidadania enquanto sujeitos. Campanhas educativas em todas as áreas da seguridade social, além das voltadas para as barreiras arquitetônicas, para os transportes, para a inserção nos espaços sociopolíticos, como os fóruns, conselhos e associações de idosos, aposentados e pensionistas. Há que se pensar, também, em programas educativos intergeracionais que possibilitem a construção de uma sociedade pautada na solidariedade entre as gerações para diminuir o preconceito que os jovens têm dos idosos e vice-versa.

Enfim, o profissional do Serviço Social está em todas as partituras dos segmentos sociais e, principalmente, em programas dirigidos aos idosos.

Há que se atentar para as demandas que sempre estão surgindo e emergindo no contexto social, e, certamente, no transcorrer dos momentos históricos e das necessidades da classe dominante.

Com certeza, o Serviço Social terá e estará sempre na participação de todas essas necessidades e premissas sociais e sempre na expectativa de que a atuação seja sempre comprometida com a cidadania dos idosos, seja competente e crítica,

rumo a um mundo em que a Justiça Social se faça presente não só para os idosos, mas para toda a sociedade brasileira.

METODOLOGIA

O presente estudo teve a pesquisa bibliográfica e pesquisa de campo desenvolvida com métodos e instrumentos baseados na pesquisa social. Segundo Minayo (1994, p. 14):

As características como provisoriedade, dinamismo e especificidade são fundamentais em qualquer questão social. A pesquisa na área das Ciências Sociais lida com seres humanos que, por razões culturais, de classe, de faixa etária, ou por qualquer outro motivo, têm um substrato comum de identidade com o investigador, tornando-os solidariamente imbricados e comprometidos.

A abordagem da pesquisa foi, predominantemente, qualitativa. Esta abordagem trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis (MINAYO, 1994, p. 21).

O processo da pesquisa teve, inicialmente, uma fase exploratória onde foram delineados caminhos para o trabalho de campo.

Fez parte da amostra 20 (vinte) pessoas da chamada Terceira Idade, do município de Conselheiro Mairinck, conhecida como a Princesinha da BR-153, próximo à cidade de Ibaiti – Paraná, sede pólo da Unopar Virtual, que, voluntariamente, quiseram participar da pesquisa.

Os sujeitos da pesquisa foram informados que:

- Não haveria riscos, de qualquer natureza, para os participantes;
- Os dados obtidos seriam utilizados exclusivamente com finalidade para um estudo de formação acadêmica, mantendo-se o anonimato dos respondentes;
- Os sujeitos teriam a liberdade de se recusar a participar ou retirar o consentimento, em qualquer fase da pesquisa;
- Não haveria despesas para a participação na pesquisa;
- Haveria o retorno dos dados obtidos após a conclusão da pesquisa à

instituições de origem.

Os dados coletados através dos questionários foram categorizados e analisados, buscando responder às questões propostas no início deste trabalho.

Segundo Minayo (1994, p. 70), “a palavra categoria, em geral, se refere a um conceito que abrange elementos ou aspectos com características comuns ou que se relacionam entre si”.

Na fase de tabulação, os dados obtidos foram apresentados em forma de síntese das respostas e categorização em tabelas. A seguir, foi realizada a análise e interpretação das respostas. É na análise que se estabelecem as relações entre a parte e a totalidade. (FRIGOTTO, 1989, p. 88)

As perguntas evidenciaram verificar a compreensão “do que é velhice”, “se consideravam-se velhos (as)”; “cuidados com a saúde física e mental”, “capacidade para aprender e produzir”; “medos”; “o recurso da tecnologia”; “sexualidade” e “perspectivas futuras”.

A escolha por uma metodologia qualitativa contribuiu para a coleta de dados, onde se pode utilizar a técnica de entrevista semi-estruturada. Dentro da linha de pesquisa cuidando em relação à qualidade de vida de cada idoso. A coleta de dados foi realizada nos meses de abril e maio de 2010.

CARACTERIZAÇÃO SÓCIO-INSTITUCIONAL

O presente trabalho foi realizado em Conselheiro Mairinck – PR., com 20 (vinte) frequentadores da Associação da Terceira Idade Mairinquense, selecionados aleatoriamente, de 60 anos e/ou mais. Foi garantido o anonimato das respostas aos participantes.

Esta Associação da Terceira Idade Mairinquense se propõe de forma filantrópica que além abnegados e voluntários, tem em sua estrutura física e administrativa a participação de médicos, dentistas, fisioterapeutas. Assistentes sociais e outros profissionais dos diversos segmentos onde proporcionam momentos de lazer, de descontração, de vivência, de companheirismo, de cooperação, atividades de terapia ocupacional, de busca na saúde, na qualidade de vida.

Importante ressaltar que os limites são vários destes profissionais, pois dependem muito dos recursos público local, pois como a vida econômica dos

frequentadores são de baixa renda mensal e com tantas necessidades tanto materiais como física e emocional.

A partir da análise dos dados, são apresentadas, a seguir, as conclusões da investigação, separadamente, e, no final, uma conclusão geral.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Nesta proposta de resultado de nossa pesquisa, fica patente demonstrar que estaremos sempre registrando “fragmentos das falas dos entrevistados” como uma forma de ilustrar o pensamento e respostas dentro das perspectivas de nossos entrevistados, onde buscamos uma população de 10 mulheres e 10 homens, onde a idade variou entre 60 a 80 anos de idade.

Para identificação de respostas, utilizaremos a letra “E” e um número ao lado, como por exemplo: (E1) que significa que é o entrevistado nº um e assim sucessivamente.

Inicialmente perguntamos: “o que é velhice para você?” e, encontramos diferentes respostas como: (E2): “É uma das fases da vida”; (E3): “É a coisa mais natural do mundo”; (E7): “É uma fase de acomodação, entrega, doenças e tristeza”; (E10): “Sempre tive medo, mas por enquanto a velhice não chegou, tenho saúde e não me entrego”; (E1): “É uma fase boa se o indivíduo tem saúde”. A maioria afirmou que a velhice é uma fase que “deve ser aproveitada no hoje, o ontem passou e o amanhã não importa”; “A velhice não existe [...]”.

Na questão que tratava “você se considera velho?”, que teve como intenção detectar preconceitos, houve alguma diferença com relação à questão anterior. Os idosos afirmaram: (E14): “Volta e meia às pessoas nas ruas me chamam: Oh! velho! Eu sei que sou velho, mas não precisa chamar, né!”.

Beauvoir (1990, p.353) comenta que: “Toda a tradição carregou esta palavra de um sentido pejorativo, soa como um insulto. Assim quando ouvimos nos chamar de velhos, muitas vezes reagimos com cólera”.

Os entrevistados demonstraram ter sinceridade em relação a “o que é ser velho?” conforme aparece nos seguintes depoimentos: (E17): “Velho é uma pessoa acomodada, que aceita com resignação o que está acontecendo, e já o idoso se atualiza e se integra na sociedade, conversa tanto com a criança quanto com o adolescente, quanto com o adulto, o velho se isola de todos”. (E19): “É preciso ser realista, eu era bonito... as rugas vêm [...]”. (E19): “Não sou velho, sou apenas um

pouco usado”. (E20): “Acredita que é velha, mas só esteticamente [...] seu corpo e seu intelecto continuam jovens e diz gostar muito de dançar e também ir a bailes. É com espontaneidade que acrescenta: Ao se olhar no espelho pensou: “que velha parecida comigo!”. A idade não modifica o comportamento de (E11): “Sou velha, todos me chamam de vó, aceito e fico bem contente”. O termo velho como sinônimo de doente está na visão de (E7):: “Sim, porque eu estou doente. Se tivesse saúde, não estava velha”.

Na relação saúde e velhice RODRIGUES (1998, p. 74) lembra de que: A pessoa que mergulha na subjetividade do envelhecimento como doenças e perdas, perdem a coragem de viver, desencoraja-se de criar, retira-se do palco da vida o seu colorido, adocece e antecipa a morte.

Dois idosos, de início, negaram responder, mas depois demonstraram interesse e, pelas respostas, após um desabafo falaram da “falta de consideração das pessoas para com os idosos, modo de tratar e da falta de emprego para esta faixa etária”. “Não posso fazer nada, não trabalho”. (E6) e (E12). Considerando o depoimento acima é importante registrar que quanto mais estímulos às pessoas tiverem, em qualquer fase da vida, mais vão ser atuantes. (E4): Comenta que trabalhou como voluntário numa instituição de saúde, em horário integral, é possível acreditar que o velho, o idoso, deve ser sinônimo de uma categoria social apta, capaz de produzir e contribuir com a sociedade.

Além disso, “dar trabalho ao velho é uma atitude de grande alcance social que contribui para a valorização do idoso e previne o adoecimento e a depressão provocados pela ociosidade”. (ZIMERMAN, 2000, p.42)

Outros depoimentos refletem bem que na velhice pode-se falar do belo, sim! Por exemplo, (E18) comenta: “Não sou velha, tudo o que os novos fazem eu também posso fazer”, ou (E14): “eu não me acho velha, não tenho limitações participo de várias atividades, só penso nas coisas boas, sou otimista, converso muito com minhas netas, aconselho bastante [...]”.

(E16) disse que: “O segredo da sua juventude é uma vida saudável em termos de alimentação e hábitos”. Sem dúvida, as diferenças destas falas anteriormente mencionadas, na visão do envelhecimento, encontram variações pessoais. Expressa bem esse momento, uma nova fase de vida, a velhice. Desta forma, concorda-se com Knorst et al (2001, p. 31), no sentido de que:

Devem ser valorizadas as expectativas pessoais do idoso, pois esta percepção individual contribuirá na possibilidade da participação do idoso no processo de mudança e atuação de sua saúde em busca de qualidade.

Em relação à “associação de idosos, constrange? Deixa você inibidos” Obtivemos respostas como: (E6) “Pelo contrário, qualquer pessoa independente de sua idade deve poder escolher e visitar amigos e local para se encontrar e aqui é o melhor local”. Para ilustrar a importância da convivência, da troca de ideias e de afetos cita-se a opinião de (E19): “na nossa geração era feio passar nas casas e hoje é meio chato, parece que a gente pode estar incomodando. O nosso costume é de se encontrar por aqui pois todos estão com os mesmos problemas”.

Há mitos que não surgem por acaso. Existe uma tendência para o mito de que velho não aprende. Esta imagem está se modificando. O significado de aprender e produzir estão expressos, por alguns idosos na questão “você se acha capaz de aprender e produzir?” Na sua maioria, “são capazes de aprender e serem responsáveis por alguma coisa”. “Não querem compromissos... nada que cause preocupação [...]”(E11), por exemplo, “está aprendendo a ler e conta que está mais feliz e que antes não tinha coragem de conversar com pessoas estranhas”. O envolvimento desses idosos no aprendizado de várias atividades como fazendo artesanato pode se constituir a autorrealização, por que: As pessoas autorrealizadas que buscam o crescimento pessoal participam, sem exceção, de uma causa exterior a seus próprios interesses, de algo fora de si mesma. (CAVALCANTI, 1996, p. 32).

Segundo Zimerman (2000, p. 45), os velhos necessitam estimulação da memória. Para mantê-la, deve-se exercitá-la, assim como fazer exercícios físicos e manter-se ativo, ocupado. E considera que “a memória não envelhece, o que ocorre frequentemente é que ela passa a ser menos exigida, piorando pela falta de uso” (p. 29).

(E13) e (E5): “gosta de ler, fazer pinturas e disse aprender a envelhecer com criatividade, em atividade plena”. Ele (E5) diz-se “um eterno aprendiz, com atividades, entre outras, de ginástica, dança, tem o seu dia-a-dia ocupado, jogar baralho”.

Com a adoção desta nova postura do idoso, considera-se relevante o que sugere Gêhrke (1998, p.260):

[...] você tem muito tempo que usa com criatividade desafiadora, alegria e pensamentos construtivos [...] Vive o presente em busca da longevidade plena de lucidez e vigor físico e para isso tem todos os conhecimentos aos quais você se aprofunda constantemente com novos estudos [...] Com isso limpa o seu cérebro e se alivia, abrindo novos espaços de arquivo ativo [...]

Se existe o tão divulgado preconceito contra o velho e aposentado na questão “para você, qual é o papel do idoso na sociedade?” chamou a atenção que os idosos consideram que são capazes de desempenhar funções: (E3) cita que: “O papel é igual para qualquer outra faixa etária, a não ser que o idoso tenha complexo de ser velho”. (E4): “O idoso deve ser quem é [...] participar de tudo o que puder, bailes, atividades [...] enfim, manter-se engajado na sociedade”.

(E15) responsável por uma firma de representações, se expressa: “se puder trabalhar que não pare. Faz de conta que não está velho”.

Sendo o envelhecimento uma perda progressiva de eficiência funcional e, segundo Rodrigues (1998, p. 92), “quanto mais se vive, obviamente, tanto mais se entra em contato com pequenas e gradativas mortes, que são representantes simbólicos morte como clímax de um processo”.

Quanto à pergunta: “quais os seus medos? Você teme alguma coisa?” A maioria das respostas é “não temer nada” e com naturalidade alguns completaram “nem a morte”. (E18): por ser espírita, “não tem medo do desconhecido”. Alguns referiram-se a “violência”, (E11): “o temor de depender de alguém, em cima de uma cama”, (E6): “medo de doenças na família”, (E14): “medo da solidão”, (E20): “de temporal”, “de cobra em pescaria”, de ter problemas financeiros”, (E2): “de não poder ser útil”.

Neste sentido, Fraiman (1996, p. 50) diz “cada angústia humana tem um “de que” a gente tem medo e um “pelo que” a gente teme” Desde a aurora dos tempos, a humanidade vem sonhando com a juventude eterna e, para FAVRE (1996, p.48).

Finalmente, passa-se ao último aspecto, que também interessa ao idoso, já que a expectativa de vida, neste século será cada vez maior. O que os idosos vão fazer com toda essa vida que lhes resta, com todo o potencial que ainda existe dentro deles.

Qual é a sua perspectiva de futuro? Percebe-se que a trajetória desses idosos “é viver hoje” (E14). (E8) disse: “tenho reservas para alguma eventualidade. Não me preocupo com nada. Estou fazendo o que me cabe, de acordo com a minha vontade.”

Entendemos que os idosos entrevistados que almejam “ter saúde até o fim [...]”, mostraram a preocupação em depender de alguém, caso estivessem acamados”. Para esta questão relacionada “a perspectiva de futuro” apareceram outros depoimentos do tipo: (E9): “quer se livrar da depressão e cuidar de seus netos”; (E14): “quer dar uma casa para sua filha”; (E13): “quer acabar a faculdade de Matemática e ver os bisnetos formados”; (E19): “quer aproveitar a vida ao lado da esposa e abolir as discriminações contra idosos e mulheres”; (E11): “sonhar ver um mundo menos violento”.

Aparecem ainda, nas falas dos idosos entrevistados: (E17): “quer continuar trabalhando, montar um negócio, vender carro”; (E6): “viajar, fazer excursões, dançar, se divertir... simplesmente quer ser quem é e encontrar alguém que mereça ser olhado”; (E5): “está aprendendo a ler e quer aprender a dirigir o “fusca branco” do seu filho”; (E19): “quer ser caminhoneiro e conhecer o Brasil”

Embora, os entrevistados verem-se como idosos, a maioria não se sente como tal e age de acordo com os seus sentimentos. Não têm uma obsessão negativa da velhice e por isso procuram ler jornais, literatura relacionada ao espiritismo, misticismo, autoajuda e, principalmente a Bíblia.

Os dados revelaram que muitos usam o “jogo” como atividade de lazer, as mulheres gostam de bingo e os homens de truco e dama, sendo que palavras cruzadas agradam a muitos.

Na geração desses idosos, na maioria das vezes, eram estabelecidos parâmetros, amparados no modelo doméstico onde havia o papel do homem e da mulher, que, por exemplo, enfrentavam seus problemas cotidianos, o de criar filhos, cuidar dos netos, fazer crochê, entre outros. Assim sendo, descobriu-se com a pesquisa que continuam junto à família, mas conduzem melhor suas potencialidades. Em função disso dedicam mais o seu tempo para ler, divertirem-se em grupos de ginástica, excursões, bailes, namorar [...] A crença de que os idosos só servem para cuidar de netos, para os entrevistados está ultrapassada.

Nos depoimentos dos idosos, anteriormente analisados são apontados indicadores que se consideram essenciais para o presente estudo: saúde física, lazer e sua interação no contexto social.

Dessa forma, aliando o conhecimento da realidade ao respeito a limites individuais; promoção da saúde; estilo de vida e educação é extremamente possível

proporcionar aos idosos uma vida bem sucedida e feliz, pois prolongar a juventude é desejo de todos, mas desfrutar de uma terceira idade sadia é sabedoria de poucos.

PROPOSTA DE AÇÃO

Os profissionais de todas as áreas específicas que atuam no segmento de atendimento à saúde e a consideração com a sociedade em geral, em nosso caso, o Serviço Social, devemos estar atentos a todos os procedimentos que estão em evidencia e do alcance de buscar alternativas de auxílio ao processo de atendimento e oficialização dos programas sociais, não devemos esquecer dos avanços da medicina, a prevenção de doenças.

Devemos estar atentos ao contingente da terceira idade onde carece de conviver com a velocidade das conquistas técnico-científicas, as transformações socioeconômicas e políticas, de novos saberes, dos paradigmas científicos, e uma representação viva de perpetuar e manifestar sempre as tradições, a cultura, os valores, que estão atrelados no cidadão da terceira idade, e, também importante, não esquecer sobre as referências individuais de cada um e a significação que serão fundamentais em um futuro com novas roupagens e cenários para estes indivíduos que estão à margem de impedimento no setor comercial e produtivo.

Devemos auxiliar o idoso a aprender, como qualquer outro ser, a conviver com a imprevisibilidade dos acontecimentos, para poder situar-se no tempo e no espaço, devendo acompanhar o momento histórico, com suas possibilidades e velocidade das mudanças, assim estando preparando-se para enfrentar o imprevisível, as frustrações de suas expectativas, descobrindo novas áreas de interesses e possibilidades de agir e produzir.

Outro fator importante e inestimável a ser oferecido que é a compreensão, a tolerância, a solidariedade, a paciência, entre outros, que são sentimentos indispensáveis, não só para os que envelhecem, como também para aqueles que lidam com a velhice.

Devemos atender nossos idosos com amor e respeito, aceitá-los com seus defeitos e qualidades, preservar sua dignidade, dar-lhes autonomia enquanto puderem responder por si, incentivá-los a viver e aproveitar a vida, integrá-los à comunidade, ouvi-los atentamente, acolhê-los nos momentos difíceis, tratá-los nos momentos de enfermidade e participar e partilhar de seus sentimentos.

Sugere-se alternativas com trabalhos alternativos como academias de ginástica especializadas com ioga, musculação, dança, coral, hidroginástica, trabalhos manuais (terapia ocupacional), música, shows, baile para a Terceira Idade, agências de turismo com programas voltados para o idoso, sites direcionados, cursos de línguas estrangeiras, inserção em trabalhos comunitários, encontros sociais, costurar, obras religiosas e assistenciais, vistas à doentes e famílias carentes, envolvimento com setores da sociedade como palestras para crianças, jovens e adolescentes, atividades físicas sistemáticas e regulares, e assim por diante.

E por fim, cabe destacar a força da Lei que o profissional do Serviço Social deve se ater, O CRAS - Centro de Referência da Assistência Sociais deve garantir a proteção social básica de assistência social. Ela deve estar localizada em territórios de vulnerabilidade social e próximos ao local de residência dos cidadãos necessitados. Os serviços também podem ser desenvolvidos no território de sua abrangência e por entidades e organizações de assistência social.

Enfim, há uma enorme gama de situação que o Assistente Social pode e deve intermediar no atendimento à uma boa qualidade de vida de todos, neste nosso caso, dos idosos, onde é uma classe de nossa sociedade que requer um lado muito precioso da vida espiritual que é entender a essência humana no seu mais delicado momento de vida, é ter dado uma vida por uma produção familiar, social e econômica e de repente, estar atrelado à sua sobrevivência em mãos de terceiros e muitas vezes rejeitados pelos seus mais próximos, a família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados da pesquisa foram sentidos nitidamente e possibilitaram conhecer um pouco o estado emocional do idoso e suas ideias acerca do envelhecimento, embora uma análise mais aprofundada seja necessária.

Temos que observar também que mesmo com toda boa vontade de nossos idosos, eles têm pouco espaço numa sociedade competitiva e consumista, sendo condenado ao abandono e à falta de oportunidade.

Entende-se também que na terceira idade a perda dos papéis familiares e no mercado de trabalho estimula o afastamento das gerações, assim, como o conflito e a indiferença, quando não o desprezo ou a tolerância forçada. No final da vida veem os idosos condenados ao isolamento social e cultural pela fragmentação da família,

aposentadoria e por uma política insatisfatória de atendimento as suas necessidades.

A essas condições somam-se o declínio de suas características físicas tais como rugas, cabelos brancos, diminuição da memória e dos sentidos e muitas outras. Que unidades à sua marginalização determinam alterações psíquicas como a perda da confiança, a angústia e a depressão.

A real situação, caracterizada pelo abandono e sensação de declínio, pode levar os idosos a lembranças persistentes de um passado de amarguras e ressentimentos ou saudades que só podem agravar a uma rotina empobrecida e sem sentido.

Conclui-se que a maneira de encarar a terceira idade tem muito a ver com a capacidade de adaptação às mudanças da vida. É preciso ver o envelhecimento como um processo que vai ocorrendo com todas as pessoas de forma gradual, pois desde que se nasce está se envelhecendo um pouco a cada dia. É fundamental ter coragem e transmiti-las a terceira idade, que os mínimos, porém significativos prazeres da vida, não se percam com o passar do tempo.

Finalmente, a sociedade em geral, de certa forma lentamente, está forçada a acompanhar essa transformação, porque os idosos que estão participando da sociedade tendem a ter melhores condições de continuar produzindo e se locomovendo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, P. N.; POMATTI, D. M.; FORTES, V. L. F. Atividades físicas no envelhecimento humano: uma leitura sensível criativa. RBCEH - **Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano**, Passo Fundo, v. 4, n. 1, p. 18-27, jan - jun. 2007. Disponível em: <http://www.upf.br/seer/index.php/rbceh/article/viewFile/113/88> Acesso em: 30 abr 2010.

BRASIL. **Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003**. Instituí o Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30 abr 2010.

CAVALCANTI, Kátia Brandão. **Lazer, estilo de vida e longevidade**. A Terceira Idade, São Paulo, SESC, n.12, p.27-33.mar. 1996.

COELHO, Saldanha. **Envelhecer e ser feliz**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Garamond. 2001.

DONFT, Claudine Attias. Seminário de Estudos Sobre a Terceira Idade. **Cadernos da Terceira Idade**, São Paulo: SESC. fev/1979. Disponível em:

<http://www.sesc.sp.com.br> Acesso em: 30 abr 2010.

FRAIMAN, Ana Perwin. **O fim da vida na percepção do jovem e do velho.** A Terceira Idade, São Paulo, SESC, n. 9, p. 44-50. dez. 1994.

FRIGOTTO, G. O enfoque da dialética materialista histórica na pesquisa educacional. In: FAZENDA, I. **Metodologia da pesquisa educacional.** São Paulo: Cortez, 1989.

GALVÃO, A. C. D.; JAQUEMIM, A. **Particularidades da psicologia do idoso.** Gerontologia. 1999. 155-161.

GASPAR, Paulo. **Jornal a Página da Educação**, ano 9, nº96, Novembro 2000, p.19.

GËHRKE, Arno. **Viva mais e melhor: a revisão da qualidade de vida para o novo milênio.** São Paulo: Editora Esfera.1998.

GOLDMAN, Sara Nigri; PAZ, Serafim Fortes. Orgs. **O Serviço Social e a questão do envelhecimento.** Niterói: Ed. Talento Brasileiro. 2005.

KALOUSTIAN, Silvio. (Org.) **Família brasileira: a base de tudo.** 4ª ed. São Paulo: Cortez. 2000.

KNORST, Mara R; SILVA, Magali Pilz M. da; MANTELLI, Constança et al. 2001. Qualidade de vida do idoso. In: TERRA, Newton Luiz (org). **Envelhecimento com qualidade de vida.** Porto Alegre: PUC. p. 29 – 32.

LIMA, Marúza Peloso. . Reformas paradigmáticas na velhice do século XXI. In: KACHAR, Vitória (org). **Longevidade, um novo desafio para educação.** São Paulo: Cortez Editora. 2001. p. 18 – 26.

LIPP, M. N. **Stress, hipertensão arterial e qualidade de vida: um guia de tratamento para o hipertenso.** Campinas, SP: Papyrus, 1996.

LUFT, Lya. **Lado fatal.** São Paulo: Siciliano. 1991.

MASCARO, Sonia de Amorim. **O que é velhice.** São Paulo: Brasiliense, 2004. (Coleção primeiros passos; 310).

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa Social: teoria, método, criatividade.** Petrópolis: Vozes, 1994.

NERI, Anita Liberalesso (Org). **Qualidade de vida e idade madura.** Campinas. 1993. (Coleção Viva Idade).

OMS. Organização Mundial de Saúde, 1998. **Apresenta texto sobre promoção de saúde. Glossário.** Genebra. Disponível em: <http://www.oms.org.br>. Acesso em: 25 de abr., 2010.

RODRIGUES, Algaídes de Marco **Construindo o envelhecimento**. Pelotas: EDUCAT. 1998.

ZIMERMAM, Guite I. **Velhice**: aspectos biopsicossociais. Porto Alegre: Artes Médicas Sul. 2000.

A POLÍTICA AGRÍCOLA E SEUS INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO

Edson Luiz Zanetti¹

INTRODUÇÃO

A política agrícola no Brasil é matéria que merece ser amplamente discutida pelos estudiosos e representantes do nosso povo, para que de certa forma, possa influenciar nas decisões governamentais, em proveito de toda a nação.

No mundo cada vez mais urbanizado, o fomento à atividade rural é medida indispensável à própria sobrevivência do ser humano. Seria difícil compreender o sucesso de nosso povo, sem antes garantir a produção de alimentos, biocombustíveis e outras matérias prima extraídas do setor agrário, que sustentam o ser humano no presente e garante o futuro da nação.

A Constituição Federal garante os direitos fundamentais do cidadão como: alimentação, moradia, educação, transporte, vestuário, emprego, assistência médica, etc. Todos esses direitos são essenciais, mas percebe-se que o direito à alimentação é totalmente impreterível. Como informa a Secretaria Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SESAN, “[...] o direito à alimentação é parte dos direitos fundamentais da humanidade, definidos por pacto mundial do qual o Brasil é signatário”.²

No mesmo sentido, dispõe o Art. 2º, inc. IV, da Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991: “O adequado abastecimento alimentar é condição básica para garantir a tranquilidade social, a ordem pública e o processo de desenvolvimento econômico-social”.

A Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003, criou o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA, dispondo da seguinte forma:

Art. 1º: Fica criado o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA, vinculado às ações dirigidas ao combate à fome e à promoção da segurança alimentar e nutricional.

§ 1º – Considera-se segurança alimentar e nutricional a garantia da pessoa humana ao acesso à alimentação todos os dias, em quantidade suficiente e com a qualidade necessária.

¹ Mestre em Direito Constitucional Pela Instituição Toledo de Ensino – ITE. Advogado. Professor de Direito Civil no Curso de Direito da Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaíti.

² Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/programas/seguranca>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

O ser humano pode até sobreviver durante certo período sem alguns dos direitos acima mencionados, mas se faltarem alimentos em sua mesa, com certeza perecerá.

Ricardo Zeledón Zeledón, destacando a importância da produção de alimentos no mundo, esclarece esse ponto da seguinte forma:

La agricultura permite el desarrollo de los pueblos y las personas vinculadas a la actividad, determina sus niveles económicos así como su representación trascendente en el mundo del futuro. La agricultura produce alimentos, es fuente de salud para un mejor nivel de vida. También su inexistencia, disminución, pauperización, destrucción, falta de calidad, impacta a las personas y los pueblos, porque conlleva hambre, miseria, muerte. De todas las distintas actividades humanas es la más profundamente humana.³

Em informações já divulgadas pela Organização das Nações Unidas – ONU,⁴ 854 (oitocentos e cinquenta e quatro) milhões de pessoas sofrem com a fome em todo o planeta. Mais de 06 (seis) milhões de crianças menores de 05 (cinco) anos morrem todos os anos de fome, ou de causas relacionadas a ela. Milhares de outras crianças seguem vivendo sem alimentação suficiente todos os dias, sem macro e micronutrientes, condenadas a um desenvolvimento intelectual limitado e um atraso do crescimento físico.

Por essas razões e, outras apontadas em todo este trabalho, é que se torna indispensável a adoção de uma política agrícola que favoreça o produtor rural, que é o grande responsável pela produção de alimentos e outros produtos extraídos da terra e que são diariamente consumidos em nosso país.

ASPECTOS CONCEITUAIS

Antes de conceituarmos a política agrícola, mister esclarecer que a Constituição é o fundamento que traça os princípios que regem a atividade exercida pelo setor rural.

³ ZELEDÓN, Ricardo Zeledón. Derecho agrario y derechos humanos. Curitiba: Juruá, 2002, p. 49.

⁴ Disponível em: <<http://www.blog.controversia.com.br/2007/10/16/fome-atinge-854-milhoes>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

No entanto, a política agrícola é também prevista em outras normas que foram recepcionadas pela Constituição, ou que posteriormente tenham sido promulgadas.

O Estatuto da Terra, Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, que trata de diversos assuntos relacionados à atividade rural, foi o primeiro a conceituar a política agrícola e o faz no seu Art. 1º, § 2º, nos seguintes termos:

Art. 1º, § 2º – Entende-se por Política Agrícola o conjunto de providências de amparo à propriedade da terra, que se destinem a orientar, no interesse da economia rural, as atividades agropecuárias, seja no sentido de garantir-lhes o pleno emprego, seja no de harmonizá-los com o processo de industrialização do país.

Com a promulgação da referida Lei, o governo federal ficou legalmente obrigado a garantir uma política de incentivo e rentabilidade ao produtor rural.

Como toda política pública, a política agrícola se constitui a partir da utilização de meios adequados disponíveis no sistema, com o fim de se viabilizar o cultivo da terra e proporcionar o desenvolvimento e bem-estar de toda a comunidade rural.

Seguindo a orientação do Estatuto da Terra, os autores apresentam uma definição semelhante na conceituação de política agrícola. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento comenta:

Pode-se definir a política agrícola como um conjunto de medidas instituídas legalmente e que servem de instrumento para, relativamente à propriedade rural, orientar as atividades agrárias, agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais, com a finalidade de alcançar o pleno emprego e o processo de industrialização.⁵

Na difundida lição de Paulo Torminn Borges, a política agrícola se constitui da seguinte forma:

A Política Agrícola, também chamada Política de Desenvolvimento Rural, é um movimento permanente, em eterna renovação para acoplar os recursos da tecnologia e a necessidade de retirar riquezas cada vez mais densas da terra, sem a exaurir, sem a esgotar.⁶

⁵ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro da. Comentários à Constituição: ordem econômica e financeira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 194.

⁶ BORGES, Paulo Torminn. Institutos básicos do direito agrário. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 22.

Tomemos novamente as palavras de Paulo Torminn Borges para ilustrar a parte final do disposto no Art. 1º, § 2º, do Estatuto da Terra, que vincula o desenvolvimento rural ao pleno emprego e com o processo de desenvolvimento do país:

Art. 1º, § 2º – A Política Agrícola, encontrando regulados aqueles dois tópicos, faz com que não decaiam na perpetuação de seus resultados, fomentando o pleno emprego das atividades agropecuárias, e fazendo-as acompanhar o ritmo de progresso e desenvolvimento da área industrial.⁷

Com base nas orientações doutrinárias e legais expostas, concluímos que a política agrícola deve ser compreendida como o conjunto de medidas de estímulo ao homem do campo, que necessariamente conta com incentivos governamentais para promover a estruturação de toda a cadeia de produção rural, com o escopo de se obter rendimentos no setor e o desenvolvimento de toda nação brasileira.

Portanto, são normas jurídicas estabelecidas pela Constituição e pelas leis que se refletem em todo o ordenamento jurídico brasileiro, obrigando ao Legislativo a manutenção das normas existentes e a criação de novas normas, ao Executivo, a efetivação dessas normas e ao Judiciário, a incumbência de dirimir os conflitos que lhes são levados.

A POLÍTICA AGRÍCOLA CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a imprimir em seu texto a expressão “política agrícola”. Isso demonstra a preocupação do constituinte com a matéria, abordando-a de forma promissora.

Recepcionando as normas contidas no Estatuto da Terra e outras leis que a antecederam, a Constituição cidadã no seu Art. 187, incisos e parágrafos, cuidou de estabelecer regras à política agrícola e o fez nos seguintes termos:

Art. 187: A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como os setores de comercialização, de armazenagem e de transportes, levando em conta especialmente:

I – instrumentos creditícios e fiscais;

- II – preços compatíveis com os custos de produção e a garantia da comercialização;
 - III – incentivo à pesquisa e à tecnologia;
 - IV – assistência técnica e extensão rural;
 - V – seguro agrícola;
 - VI – cooperativismo;
 - VII – eletrificação rural e irrigação;
 - VIII – habitação para o trabalhador rural.
- § 1º – Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agro-industriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais.
- § 2º – Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária.

Importante observar, que o constituinte dá uma ordem ao legislador ordinário para planejar e executar a política agrícola, com a participação efetiva dos setores de produção, de comercialização, de armazenagem e de transportes.

Desse modo, constata-se que a Constituição promove a política agrícola em uma visão democrática, estabelecendo-se a importante participação de todo o conjunto que forma a estrutura agrária, em conformidade com os objetivos da República Federativa do Brasil.

Relacionando a política agrícola a tais objetivos, sintetiza Lucas de Abreu Barroso:

A importância da presença da política agrária no texto constitucional se deve ao fato de abrigar institutos jurídicos agrários imprescindíveis, juntamente com tantos outros da mesma natureza regulados na mesma esfera e também na seara infraconstitucional, à efetividade dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil na Constituição Federal de 1988.⁸

A noção de democracia também é perceptível na determinação de se compatibilizar a política agrícola com o plano de reforma agrária, cujo objetivo é de total aproveitamento das políticas de incremento à atividade rural, visando a melhoria de vida de todos os produtores e trabalhadores do campo e, a garantia da produção de bens de consumo aos moradores das cidades.

⁸ BARROSO, Lucas Abreu. A política agrária como instrumento jurídico da efetividade dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil na Constituição Federal de 1988. In: BARROSO, Lucas Abreu; PASSOS, Cristiane Lisita (orgs.). Direito agrário contemporâneo. Belo Horizonte. Del Rey, 2004, p. 89.

Para a execução da política agrícola conforme o disposto na Constituição,⁹ no dia 17 de janeiro de 1991, foi promulgada a Lei nº 8.171, Lei de Política Agrícola, que tratou de regulamentar as atividades agropecuárias, agroindustriais e de planejamento das atividades pesqueira e florestal.

O ato de se abranger a atividade agrária se constata com a redação do § 1º, do Art. 187, que inclui no planejamento agrícola as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais, conforme demonstrado abaixo.

Instrumentos creditícios e fiscais

Não obstante a Constituição no inc. I, do Art. 187, utilizar a expressão “instrumento creditícios e fiscais”, para melhor compreensão, dividimos o assunto em dois tópicos que serão tratados a seguir.

Crédito rural

O crédito rural exerce função relevante no conjunto de medidas adotadas, pelo governo, para o desenvolvimento do setor. É considerado o alicerce que dá sustentação a toda estrutura de apoio ao homem do campo. Como ensina Benedito Ferreira Marques: “[...] sem o crédito rural, não se pode falar em assistência técnica, em distribuição de sementes e mudas, em inseminação artificial, em mecanização agrícola e até mesmo em extensão rural”.¹⁰

Em brilhante exposição, Igor Pantuzza Wildmann lembrando dos diversos fatores que podem ocorrer durante o período de desenvolvimento de uma atividade agrária, retrata as razões para se adotar uma política de crédito rural no Brasil:

Para a consecução dos objetivos de política econômica no setor rural, o legislador vislumbrou a criação de um sistema creditício que mantivesse um ambiente favorável e adequado às necessidades do setor, cujas carências, advindas do próprio ciclo de produção ou da dependência natural dos fatores climáticos, o colocam em posição delicada em relação aos demais setores da economia, cujos ciclos produtivos, além de mais rápidos, são menos dependentes de fatores externos.¹¹

⁹ Refere-se ao Art. 187, caput, da Constituição Federal de 1988.

¹⁰ MARQUES, Benedito Ferreira. Direito agrário brasileiro. 3ª ed. São Paulo: AB Editora, 1999, p. 198.

¹¹ WILDMANN, Igor Pantuzza. Crédito rural: teoria, prática, legislação e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 07.

Com a promulgação da Lei nº 4.829, de 05 de novembro de 1965, ficou institucionalizado o crédito rural no Brasil, devendo ser concedido ao ruralista em total sintonia com a política nacional de desenvolvimento da produção agrária. Destaca-se o disposto no Art. 2º, dessa Lei, que cuidou de definir o crédito rural nos seguintes termos:

Art. 2º: O suprimento de recursos financeiros por entidades públicas e estabelecimentos de crédito particulares a produtores rurais ou a suas cooperativas para aplicação exclusiva em atividades que se enquadrem nos objetivos indicados na legislação em vigor.

Outras leis, decretos-leis e resoluções vêm disciplinando a matéria que, inclusive, é tratada no Estatuto da Terra¹² e na Lei de Política Agrícola de 1991.¹³

A nossa legislação condiciona a concessão do crédito rural ao preenchimento de condições, requisitos e finalidades, que nas palavras de Ana Luisa Ullmann Dick:

É efetuada sob um controle técnico, jurídico e funcional, sendo atendido por uma capilaridade de instituições financeiras especialmente formada e que não pode se descuidar da observância rigorosa das condições, requisitos, e finalidades que o estigmatizam em sua estrutura fundamental.¹⁴

O crédito deve chegar ao seu destino e ser repassado aos produtores rurais com a devida cautela, mas sem burocratizar o sistema, devendo os recursos estar disponíveis no momento certo. Liberar crédito ao agricultor após a época de plantio, ou encerrada a oportunidade para determinada atividade, se estaria configurando uma das formas da má-administração do dinheiro público, o que ocasionaria prejuízos ao setor rural e a toda sociedade.

É oportuno assinalar que neste nosso imenso país de terras férteis, a maioria dos produtores rurais depende do crédito rural para uma satisfatória produtividade, seja ele de custeio, de investimento ou de comercialização de safras.

¹² Art. 81 e ss. da Lei nº 4.404, de 30 de novembro de 1964, dispõe do crédito rural, inclusive para aquisição da propriedade rural.

¹³ Art. 48 e ss. da Lei nº 8.117, de 17 de janeiro de 1991, dispõe do crédito rural.

¹⁴ DICK, Ana Luisa Ullmann. Manual do crédito agrário. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 52.

O crédito de custeio se destina a cobrir as despesas que os agricultores suportam no decorrer do período de produção, que se inicia com o adequado preparo do solo até o armazenamento da safra colhida. Além de auxiliar na produção agrícola propriamente dita, essa modalidade de crédito beneficia os produtores que trabalham com outras atividades, tais como a pecuária, a avicultura, a piscicultura, etc.

Na modalidade investimento, os recursos podem ser de capital fixo ou semifixo. Esse compreende a aquisição de animais destinados à criação, recriação ou engorda e também, para aquisição de máquinas, implementos, veículos, equipamentos e instalações.

O outro, se destina à formação de culturas permanentes ou para reforma ou ampliação de benfeitorias, além de custear projetos como de irrigação, eletrificação rural e drenagem.

Com relação ao crédito para comercialização de safras, visa auxiliar o produtor na fase posterior à colheita, possibilitando aos produtores o armazenamento dos produtos e sua comercialização com melhores preços e condições.

Essas são as espécies de créditos previstas na Lei nº 4.829/65 e, que são disponíveis ao produtor rural, que deve utilizá-las conforme a sua capacidade e necessidade, para que seja bem sucedido em todas as fases de produção no campo.

Além disso, é necessária a observação de que a liberação do crédito deve ser condicionada à assistência técnica especializada. Na precisa lição de Francisco Graziano Neto, “[...] crédito rural somente funciona bem quando vinculado a projeto técnico de produção, amparado por mecanismos de proteção da renda do agricultor”.¹⁵

A lei também prevê a concessão de crédito à industrialização. Entretanto, tal modalidade não se encontra operacionalizada no sistema, que entende estar essa sujeita a outra política creditícia.

Por fim, torna-se imperioso salientar, que o crédito rural é um direito do produtor rural. Preenchidos os requisitos legais, deve estar sempre disponível. Ao

¹⁵ GRAZIANO NETO, Francisco. Corda de enforcado. Disponível em: <<http://www.xicograziano.com.br/novo/artigos>>. Acesso em: 10 dez. 2007.

contrário disso, como expõe Cristiane Lisita Passos, “[...] dificultando o seu acesso ao crédito, criar-se-ia entraves na questão econômica do país”.¹⁶

Tributação agrária

Há muito se reclama uma reforma fiscal no Brasil que possa beneficiar, principalmente, o setor produtivo, que a todo o momento é atacado pelas diversas formas de tributação.

Com relação à atividade rural, à luz do disposto na Constituição, é de se considerar que os incentivos tributários devem se estender a todos os instrumentos e materiais utilizados pelo homem do campo para o desenvolvimento da atividade, não devendo ficar limitado somente à progressividade¹⁷ do Imposto Territorial Rural – ITR, que se propõe a cobrar a menos dos imóveis cumpridores da função social da propriedade, de modo a desestimular a propriedade improdutivo.

A ausência de incentivos fiscais provoca a elevação dos preços de utensílios como: fertilizantes, sementes, peças de recomposição, combustíveis, maquinários e outras utilidades essenciais, sem as quais, não há condições de se obter boa produtividade no campo.

Para se ter uma ideia, um trator agrícola de tamanho médio adequado para pequenas e médias propriedades rurais custa aproximadamente R\$ 100.000,00 (cem mil reais) no bolso do ruralista. Isso se deve, principalmente, à incidência de imposto que eleva o preço do equipamento. Enquanto produtores europeus pagam, em média, 7% de impostos, os brasileiros arcam com um percentual de 33%.¹⁸

O pequeno produtor que se aventura em adquirir um equipamento desse tipo, normalmente, não consegue pagar as prestações e, em muitos casos, corre-se o risco de perder até mesmo a propriedade dada como garantia para a aquisição do bem.

Importante iniciativa legislativa que alivia um pouco o peso da tributação no setor rural se deu com a promulgação da Lei nº 10.925, de 23 de julho de 2004, que

¹⁶ PASSOS, Cristiane Lisita. A função social do imóvel rural. In: BARROSO, Lucas Abreu; PASSOS, Cristiane Lisita (orgs.). Direito agrário contemporâneo. Belo Horizonte. Del Rey, 2004, p. 48.

¹⁷ Art. 163, § 4º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, dispõe que o ITR, será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas.

¹⁸ Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/agronegocio/08.shtml>>. Acesso em: 29. mar. 2008.

reduziu as alíquotas do Plano de Integração Social e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS incidentes na importação e na comercialização no mercado interno de fertilizantes e defensivos agropecuários.

Mas ainda há muito a fazer. No agronegócio, o planejamento tributário envolve diversos tipos de impostos, taxas, contribuições, etc. Contudo, convém destacar os seguintes: ITR, COFINS, PIS/PASEP, Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural – FUNRURAL, Imposto de Renda - IR, Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI e o Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.

Em razão disso, os produtores rurais têm enfrentado dificuldades para competir com os mercados internacionais, que além de terem privilégios tributários, ainda contam com subsídios para a agricultura. “Se falarmos na tributação dos produtos agrícolas *in natura*, a situação é vexatória, principalmente em comparação aos países do Mercosul”.¹⁹

Concluimos este ponto com a lição de Celso Ribeiro Basto e Ives Gandra Martins, para quem “[...] a atividade rural está a demandar uma reforma tributária ampla, que subtraia os produtos agrícolas, sobretudo os destinados à alimentação de uma carga tributária incidente sobre a circulação dos produtos em geral”.²⁰

Preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização

Sem dúvida, a maior reivindicação dos produtores rurais, atualmente, é a garantia de preços compatíveis com os custos de produção. Na lição de Celso Ribeiro Bastos e Ives Grandra Martins, “[...] parece residir na fixação de preços mínimos justos a melhor forma de estimular-se o produtor rural”.²¹

¹⁹ VILELA, Mario Hamilton. Política agrícola, reforma agrária e movimentos sociais. In: Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, vol. 31, nº 94. Porto Alegre: AJURIS, s.d., p. 195.

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. 7 vol, p. 301.

Sem garantia de preços mínimos, perde-se o interesse pelo trabalho no campo. Não basta produzir bem, é também necessário receber um preço razoável pela produção. Sobre esse ponto, discorre Humberto Machado de Oliveira:

A política de preços compatíveis com o custo de produção (preços mínimos) é medida indispensável para a segurança na atividade agrária, pois de nada adianta o produtor alcançar níveis de produtividade satisfatórios, que lhe permitam comercializar o excedente, se o preço do seu produto não cobrir sequer o custo de produção.²²

O fundamento para a definição de preços mínimos tem amparo no Art. 187, inc. II, da Constituição Federal, que estabelece a fixação de preços mínimos compatíveis com o custo de produção.

No mesmo sentido, o Estatuto da Terra, estabelece com rigor a obrigação do Poder Público com os produtores rurais, inclusive ajustando o momento em que os preços mínimos devem ser fixados, conforme o Art. 85, *caput*.

Art. 85: A fixação dos preços mínimos de acordo com a essencialidade dos produtos agropecuários, visando aos mercados interno e externo, deverá ser feita, no mínimo sessenta dias antes da época do plantio em cada região e reajustado na época de venda, de acordo com os índices de correção fixados pelo Conselho Nacional de Economia.

Continuando a análise sobre o Estatuto da Terra, é importante a observação de que o percentual de lucros também ficou estipulado no seu Art. 85, § 1º, que preceitua nos seguintes termos:

Art. 85, § 1º – Para fixação do preço mínimo se tomará por base o custo efetivo da produção, acrescido das despesas de transporte para o mercado mais próximo e da margem de lucro do produto, que não poderá ser inferior a trinta por cento.

Anote-se que a lei detalha a fixação da margem de lucro, que não poderá ser inferior a 30% (trinta por cento) do total de receitas obtidas com a produção.

Destaca-se o Decreto-Lei nº 79, de 19 de dezembro de 1966, também recepcionado pela Constituição Federal, dispondo no Art. 4º, alínea 'a' que a União

²² OLIVEIRA, Humberto Machado. Princípios de direito agrário na Constituição vigente. Curitiba: Juruá, 2004, p. 210.

efetivar a garantia de preços comprando os produtos, pelo preço mínimo fixado. Garante-se assim, a comercialização de safras e preços razoáveis.

No sentido de se efetivar o disposto no Art. 187, inc. II, da Constituição, a Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, assegura a rentabilidade da agricultura compatível com a de outros setores da economia e propõe a garantia de preços mínimos através de financiamentos da comercialização e da aquisição dos produtos agrícolas.²³ Ainda, nos Arts. 31 e seguintes, a referida lei dispõe da produção, da comercialização, do abastecimento e da armazenagem dos produtos colhidos no campo.

Como já informou o Ministério da Agricultura “[...] a administração de preços envolve, em sentido mais estrito, o papel do governo na administração das margens de comercialização”.²⁴

Com todo o exposto, evidente a vontade do constituinte e do legislador ordinário em garantir ao produtor rural o preço mínimo dos produtos colhidos no campo. É abundante a legislação a respeito, que somente se tornará efetiva, quando o Poder Público tomar as providências necessárias, para que o produtor rural possa usufruir a terra com a satisfação de plantar e obter bons resultados.

A defasagem no preço dos produtos agrícolas

Muitas transformações marcaram a vida das pessoas que dependem da produção do campo para sobreviver. Principalmente, a partir da segunda metade do século XX, com o advento da revolução tecnológica constatada nas áreas da engenharia mecânica e da genética, que possibilitou ao produtor rural o acesso a métodos e equipamentos que nem se imaginava há algumas décadas.

Apesar dos avanços constatados, pouca coisa mudou em nosso país no que se refere à política de preços mínimos, ocasionando o desestímulo de se plantar e colher, pela ausência de razoáveis lucros com a atividade. Como afirma Djalma

²³ Art. 2º, inc. III, da Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991: Como atividade econômica, a agricultura deve proporcionar, aos que a ela se dediquem, rentabilidade compatível com a de outros setores da economia.

Art. 33, § 2º da Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991: A garantia de preços mínimos far-se-á através de financiamento da comercialização e da aquisição dos produtos agrícolas amparados.

²⁴ BRASIL. Ministério da Agricultura. Diretrizes para uma política agrícola nacional – ano 2000 (resultados de debates com a sociedade). Brasília: MA, 1986, p. 60.

Sigwaly: “O produtor tem plantado num preço e vendido por outro. Nos últimos tempos constantemente com prejuízo”.²⁵

Contrariando-se a legislação em vigor, até o presente, o governo federal não providenciou medidas úteis para promover a justa política de preços mínimos. Nas lições de Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovisky: “Se não bastassem os eventos decorrentes da natureza, o produtor rural é assolado pela não adoção de uma política agrícola, principalmente, o desrespeito com a fixação de preços mínimos para comercialização da safra”.²⁶

Enquanto a lei não é cumprida, o homem do campo continua com a sua dignidade ofendida. A democracia tão festejada na Constituição parece não se aplicar aos ruralistas. Como salienta Darcy Walmor Zibetti: “É possível haver cidadania se o produtor rural não tem preços compatíveis com o custo de produção?”.²⁷

A falta de iniciativa acaba prejudicando toda estrutura social da nação. Lembremos-nos das sábias palavras de Vicente Gonçalves de Araújo Júnior, para quem “[...] o Poder Público e a sociedade em sua totalidade devem assumir a responsabilidade com essas pessoas trabalhadoras e dedicadas, sob pena de verem o empobrecimento definitivo do setor primário, comprometendo o abastecimento do país”.²⁸

Constata-se que a defasagem no preço dos produtos colhidos no campo é um problema sentido a cada ano no Brasil, colocando os produtores e trabalhadores rurais, muitas vezes, em condições de miserabilidade.

Incentivo à pesquisa e à tecnologia

Constata-se que ao contrário da política de preço mínimo, que acabamos de analisar, o incentivo à pesquisa e tecnologia no setor rural, vem sendo muito bem

²⁵ SIGWALY, Djalma. Saldo devedor e parcela da dívida rural. In: FAEP – Federação da Agricultura do Estado do Paraná Informativo, nº 968. Curitiba: s.e., 2005, p. 10.

²⁶ MOTA; SPITZCOVISKY, 1994, p. 135.

²⁷ ZIBETTI, Darcy Walmor. Cidadania e segurança alimentar. In: BARROSO, Lucas Abreu; PASSOS, Cristiane Lisita (orgs.). Direito agrário contemporâneo. Belo Horizonte. Del Rey, 2004, p. 125.

²⁸ ARAÚJO JÚNIOR, Vicente Gonçalves de. Direito agrário: doutrina, jurisprudências e modelos. Belo Horizonte: Inédita, 2002, p. 113.

efetivado no Brasil, onde se tem obtido as mais avançadas técnicas de manejo do uso da terra.

A biogenética, a pesquisa no desenvolvimento de máquinas agrícolas, de variedades de sementes, correção do solo, criação de inseticidas, fungicidas, herbicidas, produtos veterinários e materiais genéticos são algumas das técnicas utilizadas para a ampliação da produção rural nas últimas décadas, que passou de 58 milhões de toneladas de grãos²⁹ na safra 1984/1985, para mais de 200 milhões de toneladas no cenário atual.

Destaca-se também, a pesquisa na produção de biocombustíveis. A combinação de terras e clima adequados e a tecnologia alcançada possibilita que boa parte da frota de veículos leves que rodam no Brasil seja movida por álcool. O Brasil é um dos maiores produtores de álcool do mundo.³⁰ Graças à técnica adotada, cresce também a produção de biodiesel no Brasil.

Todo esse avanço se deve à criação de institutos como a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMPBRAPA, Instituto Agrônomo do Paraná – IAPAR, Agência Paulista de Tecnologia dos Agronegócios - APTA, entre tantos outros, que desempenharam o papel de construir um Brasil rural muito melhor.

O domínio do conhecimento humano sobre o processo de produção adaptando-se o cultivo de espécies às condições climáticas e de solo, permite a ampliação da produção rural e conseqüentemente o crescimento econômico do país.

Assistência técnica e extensão rural

São muitas as formas em que a assistência técnica pode auxiliar os produtores e trabalhadores rurais. A educação para o manejo adequado do solo, a preservação do meio ambiente, a correta aplicação de corretivos de solo, o manejo com inseticidas, herbicidas e fungicidas, a utilização de recursos hídricos, etc.

A extensão rural pode ser considerada uma forma de assistência técnica,³¹ que consiste em um processo de se estender à população rural, os conhecimentos

²⁹ CARDOSO, Fernando Henrique. Reforma agrária: compromisso de todos. Brasília: Presidência da República – Secretaria de Comunicação Social, 1997, p. 15.

³⁰ SOUZA, Adriano Boni de. Panorama do agronegócio brasileiro. In: GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha (org.). Direito agrário brasileiro e o agronegócio internacional. São Paulo: Observador Legal 2007, p. 91.

³¹ FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1994, 6 vol., p. 498.

sobre práticas necessárias para o desenvolvimento da atividade e a melhor qualidade de vida.

O cultivo da terra não é tão simples como se parece. Problemas podem surgir e comprometer toda a estrutura de produção. Por isso, como ensina Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, “[...] a regra da assistência técnica e extensão rural tem o objetivo de viabilizar soluções adequadas”.³²

De tal modo, compreende-se que a assistência técnica aliada à extensão rural, é um importante instrumento que deve estar presente desde o início da atividade até o momento da colheita, o que proporcionará ao produtor rural economia de custos e maior rentabilidade.

Seguro agrícola

O risco com a atividade exercida é uma constante preocupação de todo aquele que faz investimentos com a perspectiva de se obter lucros.

Importante a observação de que a Constituição ao tratar do seguro agrícola, se refere à maioria das atividades exercidas no campo, cobrindo não somente a atividade agrícola, mas também a pecuária, a avicultura, a piscicultura, as instalações rurais, o patrimônio do produtor, etc.

O produtor rural frequentemente corre o risco de sofrer prejuízos, principalmente em decorrência de fenômenos climáticos. Safras inteiras podem ser perdidas e rebanhos podem ser dizimados. Os custos para a manutenção de uma atividade rural, na maioria das vezes, são bastante elevados e, a perda de uma safra pode significar anos de prejuízos ao produtor.

O objetivo deste instrumento é proteger o homem do campo contra riscos e sinistros que possam ocorrer. Por isso, a necessidade do seguro agrícola em cada investimento feito pelo produtor rural. Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, “[...] o assessoramento de uma estabilidade social no campo é sem dúvida um desígnio constitucional procurado por via de mais de um instrumento. O seguro agrícola é certamente um deles”.³³

³² NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro da. Comentários à Constituição: ordem econômica e financeira. Porto Alegre: Livraria do Advogado 1997, p. 197.

³³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. 7 vol, p. 307

Desse modo, com a efetivação do seguro agrícola, os produtores rurais e suas famílias estarão protegidos contra os riscos da atividade, melhorando-se as condições de trabalho e de vida no campo.

Cooperativismo

Outra importante forma de incentivar a produção no campo se dá por meio do sistema de cooperativismo, que se resume na união de pessoas e esforços para satisfazer as necessidades econômicas, sociais e culturais de seus associados.

A Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, no seu Art. 3º, define a sociedade cooperativa como o contrato em que as pessoas, reciprocamente, se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem finalidade lucrativa.

Celso Ribeiro de Bastos e Ives Gandra Martins informa que “[...] o Texto Constitucional deu um realce ao cooperativismo sem paralelo nas Constituições anteriores”.³⁴ Este instituto, também se encontra previsto no Art. 5º, inc. XVIII, da Constituição, dispondo que “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”.

Na ordem econômica e financeira, o Art. 174, § 2º, dispõe que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. E no Art. 187, inc. VI, o cooperativismo aparece como uma forma de se estimular a atividade rural.

Também, o Art. 146, inc. III, alínea ‘c’, dispõe do “[...] adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas”. Portanto, o cooperativismo encontra-se muito bem amparado no texto constitucional.

Em decorrência disso, são muitos os produtores rurais que trabalham no sistema de cooperativismo, com o objetivo de viabilizar a compra de insumos, a comercialização de safras, aquisição de maquinários, a reivindicação junto a órgãos públicos e privados por melhorias no campo, etc.

³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. 7 vol, p. 308.

Eletrificação rural e irrigação

O Brasil tem o maior potencial de águas doce do mundo, que podem ser ecologicamente aproveitadas para o programa de eletrificação das propriedades rurais que ainda não contam com esse benefício, ou para a irrigação de regiões que sofrem com as frequentes estiagens.

Os recursos naturais existem para serem utilizados. Nas sábias palavras de Paulo Affonso Leme Machado, “[...] os bens que integram o meio ambiente planetário, como água, ar e solo, devem satisfazer às necessidades comuns de todos os habitantes da terra”.³⁵

Isso não significa que podemos destruir nascentes, rios e lagos. Mas utilizar a água de forma racional, não deixando que tudo se despeje no mar sem qualquer uso. Aliás, o próprio Código das Águas, o Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, no Art. 143, dispõe que “[...] em todos os aproveitamentos de energia hidráulica serão satisfeitas exigências acauteladoras dos interesses gerais”. Nas alíneas ‘a’ e ‘d’, do mesmo artigo, se refere à alimentação e à irrigação.

Para se ter uma ideia do quanto é possível aproveitar os recursos naturais, é relevante a informação de que no Brasil, há cerca de 3,5 milhões de hectares irrigados, o que corresponde a aproximadamente 6% da área plantada. Contudo, tem um potencial de mais de 20 milhões de hectares irrigáveis.³⁶

O acesso à energia elétrica e à irrigação, interfere na vida do homem do campo tanto aspecto da eficiência, como na melhoria da qualidade de vida, além de atender os fins econômicos da propriedade rural.

DA POLÍTICA FUNDIÁRIA

A política fundiária é considerada um capítulo à parte da política agrícola, mas difere-se dessa. Enquanto a primeira se ocupa com o uso adequado da terra, a outra se propõe a fomentar a atividade rural.

Pinto Ferreira explica que “[...] a política fundiária deve visar e promover o acesso à terra daqueles que saibam produzir, dentro de uma sistemática moderna,

³⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 41.

³⁶ Disponível em: <<http://www.embrapa.br/embrapa/imprensa/noticias>>. Acesso em: 29 mar. 2008.

especializada e profissionalizante”.³⁷ Não basta trabalhar a terra, mas saber cultivá-la dentro das técnicas e recursos disponíveis.

Sulaiman Miguel Neto, ao descrever a política fundiária diz tratar-se da “[...] implantação de um contexto que venha a garantir a modernidade no processo produtivo e a ocupação responsável da terra”.³⁸

Portanto, o foco da política fundiária é o aproveitamento adequado da propriedade rural. Mesmo sendo considerada um capítulo à parte da política agrícola, inevitável que também se relaciona com a reforma agrária, uma vez que promove o manejo do solo e, o acesso à terra àqueles que efetivamente sabem e querem produzir. Claro modelo de política fundiária é o incentivo à formação da agricultura familiar.

Plano nacional de desenvolvimento rural sustentável centrado na agricultura familiar

O desenvolvimento da agricultura familiar é um dos mais importantes projetos direcionados para o setor rural. Um imóvel explorado pelo agricultor e sua família, garantindo-lhe a subsistência e o progresso social e econômico é a definição dada pelo Estatuto da Terra ao tratar desse modelo de produção rural.³⁹

Vicente Gonçalves de Araújo Filho ao abordar o assunto diz que:

Esse instituto jurídico é de uma importância extraordinária no processo democrático de divisão de terra, porquanto atende a um dos princípios basilares do direito agrário, que é o de viabilizar o acesso ao imóvel rural ao maior número de pessoas, na qual possam desenvolver as únicas atividades agrárias.⁴⁰

Ivaldo Gehlen assevera que “[...] para o agricultor familiar moderno (no sul denominado de colono), o trabalho é meio e de certa forma fim da reprodução da

³⁷ Curso de direito agrário: de acordo com a lei nº 8.629/93. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 153.

³⁸ MIGUEL NETO, Sulaiman. Questão agrária. Campinas: Bookseller.1997, p. 184.

³⁹ Art. 4º, inc. II do Estatuto da Terra.

⁴⁰ ARAÚJO JÚNIOR, Vicente Gonçalves de. Direito agrário: doutrina, jurisprudências e modelos. Belo Horizonte: Inédita,, 2002, p. 30.

vida familiar e social”.⁴¹ Decerto que a atividade rural, como regra é a única fonte de renda que tem esta categoria de produtores. Por isso, produzem mais e oferecem melhor qualidade de seus produtos.

Importante a constatação de que as propriedades com menos de 100 hectares são responsáveis por quase 60% do que se produz de alimentos básicos no país, enquanto as de 1.000 hectares, ou mais, produzem apenas 12%.⁴²

Com efeito, pretende-se estimular a formação da pequena e média propriedade rural a ser explorada pela família, garantindo-se o trabalho, a fixação do homem no campo e a produção de alimentos.

A política de crédito rural do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF possibilita ainda mais a ampliação desse espaço, de forma a promover o desenvolvimento da agricultura familiar em todo o território nacional.

Com isso, pretende-se criar maiores oportunidades aos pequenos e médios produtores rurais, com a devida efetivação de planos de desenvolvimentos que é fator determinante para traçar o perfil de política agrária no Brasil.

CONCLUSÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, finalmente, o setor rural teve representada, constitucionalmente, sua importância, dispondo o texto constitucional de um amplo sistema de normas que disciplinam a atividade agrária, estabelecendo, claramente, a obrigação do Poder Público de fomentar a atividade rural em todo o país.

O fomento à política agrícola e fundiária e à reforma agrária, conforme determina a Constituição Federal de 1988, revela o respeito aos princípios fundamentais garantidos a todos aqueles que trabalham a terra, além de prestigiar a democracia tão festejada na Constituição cidadã.

Todavia, vivemos um cenário em que o discurso jurídico acerca da democracia e dos direitos fundamentais não corresponde ao esperado ou desejado

⁴¹ GEHLEN, Ivaldo. Reforma agrária: opção pelo modelo familiar de desenvolvimento. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da; XAVIER, Flávio Sant’Ana (orgs.). Direito agrário em debate. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 242.

⁴² VILELA, s.d.

e, observamos que o disposto na Constituição e nas leis brasileiras não foi efetivado, como se previu.

Desse modo, nos deparamos com a lamentável situação em que se encontra a maioria dos produtores rurais no Brasil. Mesmo atingindo altos níveis de produtividade, não conseguem lucros satisfatórios com a atividade, estão sempre aquém do necessário ao reconhecimento do esforço e da importância do labor rural e, é fato que a maior parte desses produtores encontra-se endividada, sem condição de sanar seus débitos com fornecedores de insumos e junto às instituições financeiras.

A implantação de uma política de preços mínimos é a maior reivindicação do setor. Para o produtor rural em nada importa alcançar recordes na produção e de exportações, se impera a inércia de seus governantes face à garantia de preços dos produtos agrícolas.

A questão tributária também representa um entrave à atividade e, deixa os produtores rurais brasileiros em dificuldades para competir com produtores de outros países que, na maioria dos casos, cobram tarifas muito abaixo que as praticadas no Brasil.

São muitos os produtores rurais que carregam o sonho de cultivar a terra para dar o mínimo de conforto e dignidade para as suas famílias. Mas diante da insuficiente ação do Estado, que deixa de atender as necessidades básicas destes cidadãos, acabam abandonando a terra para trabalhar nas cidades. O êxodo rural é uma realidade no Brasil.

Decerto nosso povo não teria se deslocado rumo às cidades se houvesse boas condições de vida no campo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, Vicente Gonçalves de. **Direito agrário**: doutrina, jurisprudências e modelos. Belo Horizonte: Inédita, 2002.

BARROSO, Lucas Abreu. **A política agrária como instrumento jurídico da efetividade dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil na Constituição Federal de 1988**. In: BARROSO, Lucas Abreu; PASSOS, Cristiane Lisita (orgs.). *Direito agrário contemporâneo*. Belo Horizonte. Del Rey, 2004.

BORGES, Paulo Torminn. **Institutos básicos do direito agrário**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Ministério da Agricultura. **Diretrizes para uma política agrícola nacional – ano 2000** (resultados de debates com a sociedade). Brasília: MA, 1986.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Reforma agrária**: compromisso de todos. Brasília: Presidência da República – Secretaria de Comunicação Social, 1997.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1994, 6 vol.

GEHLEN, Ivaldo. **Reforma agrária**: opção pelo modelo familiar de desenvolvimento. *In*: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da; XAVIER, Flávio Sant'Ana (orgs.). **Direito agrário em debate**. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

GRAZIANO NETO, Francisco. Corda de enforcado. Disponível em: <<http://www.xicograziano.com.br/novo/artigos>>. Acesso em: 10 dez. 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000,

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: AB Editora, 1999.

MIGUEL NETO, Sulaiman. **Questão agrária**. Campinas: Bookseller.1997, p. 184.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro da. **Comentários à Constituição**: ordem econômica e financeira. Porto Alegre: Livraria do Advogado 1997.

OLIVEIRA, Humberto Machado. **Princípios de direito agrário na Constituição vigente**. Curitiba: Juruá, 2004,

SOUZA, Adriano Boni de. **Panorama do agronegócio brasileiro**. *In*: GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha (org.). **Direito agrário brasileiro e o agronegócio internacional**. São Paulo: Observador Legal 2007

PASSOS, Cristiane Lisita. **A função social do imóvel rural**. *In*: BARROSO, Lucas Abreu; PASSOS, Cristiane Lisita (orgs.). **Direito agrário contemporâneo**. Belo Horizonte. Del Rey, 2004, p. 48.

SIGWALY, Djalma. **Saldo devedor e parcela da dívida rural.** *In:* FAEP – Federação da Agricultura do Estado do Paraná Informativo, nº 968. Curitiba: s.e., 2005.

VILELA, Mario Hamilton. **Política agrícola, reforma agrária e movimentos sociais.** *In:* Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, vol. 31, nº 94. Porto Alegre: AJURIS, s.d., p. 195.

WILDMANN, Igor Pantuzza. **Crédito rural:** teoria, prática, legislação e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001,

ZELEDÓN, Ricardo Zeledón. **Derecho agrario y derechos humanos.** Curitiba: Juruá, 2002, p. 49..Disponível em: <<http://www.blog.controversia.com.br/2007/10/16/fome-atinge-854-milhoes>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

ZIBETTI, Darcy Walmor. **Cidadania e segurança alimentar.** *In:* BARROSO, Lucas Abreu; PASSOS, Cristiane Lisita (orgs.). Direito agrário contemporâneo. Belo Horizonte. Del Rey, 2004.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Lourival de Oliveira Junior¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso busca abordar o princípio da presunção de inocência positivado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII, localizado dentro do capítulo destinado à tutela dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, a partir de quando passou a figurar expressamente como um dos princípios basilares de todo ordenamento jurídico brasileiro, ocupando lugar de destaque especialmente no campo do direito processual penal.

Pretende-se discutir principalmente a controvérsia gerada em decorrência da mudança de entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal, que em 17 de fevereiro de 2016, mudou totalmente a jurisprudência então pacificada, passando a permitir o início da execução condenatória logo após a confirmação da sentença por órgão de segundo grau, ainda que na pendência de eventuais recursos.

A celeuma veio à tona no bojo do Habeas Corpus 126.292/SP, no caso em tela o réu foi condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo circunstanciado, com direito a recorrer em liberdade. Inconformada, somente a defesa apelou objetivando a reforma da decisão de primeiro grau, todavia, a sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que acabou determinando a expedição de mandado de prisão contra o paciente. Contra a ordem de prisão a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o pedido liminar foi indeferido. Posteriormente, ao analisar o caso a Suprema Corte, que havia concedido medida cautelar, denegou a ordem e revogou a liminar.

Inicialmente pretende-se realizar uma abordagem histórica do princípio da presunção de inocência, com o intuito de demonstrar a construção do nobre instituto ao longo do tempo, analisando desde suas primeiras manifestações nos diversos tratados internacionais de direitos humanos, bem como, nas diversas constituições mundiais.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti-PR – FEATI.

Num segundo momento objetiva-se realizar uma abordagem doutrinária do instituto retromencionado, indicando pontos relevantes do tema em questão, os quais devem ser respeitados durante todo o processo.

Em seguida pretende-se realizar uma abordagem doutrinária e jurisprudencial sobre o tema objeto deste estudo, trazendo importantes julgados e posicionamentos doutrinários que servirão de base para diversos questionamentos ao longo do capítulo nuclear deste trabalho.

Por derradeiro, pretende-se trazer a análise crítica do trabalho, cuja finalidade visa demonstrar ao leitor se a decisão do Supremo Tribunal Federal é compatível ou não com a legislação vigente.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Inicialmente cumpre observar que as garantias e direitos fundamentais, ao longo da história, nem sempre foram respeitados e são frutos de profundas e intensas batalhas travadas ao decorrer da existência humana. A história dos direitos fundamentais, em especial, o direito à liberdade, foram sendo arduamente construídos através de diversos enfrentamentos, desta feita, parte-se de uma realidade caracterizada pela ausência de direitos para uma nova era, na qual o homem passa a ser sujeito de direitos em decorrência de diversos Diplomas e Tratados de Direitos Humanos que foram sendo firmados.

Do Período Inquisitorial

Historicamente pode-se afirmar que a ideia de Estado está intimamente relacionada ao poder, foi assim no período feudal onde o rei era absoluto, e é assim ainda hoje, porém com inúmeras garantias individuais e processuais conquistadas ao longo do tempo.

Segundo Bento (2007, p.32), "o processo penal inquisitório teve sua origem no século XII e sua principal característica consistia na prevalência do poder estatal em face da liberdade individual do cidadão". Por conta desta posição de superioridade incumbia, portanto, ao Estado o poder-dever de dirimir os conflitos e solucionar os eventuais litígios decorrentes das relações humanas, evitando assim o exercício da autotutela e promovendo a tão almejada justiça.

Todavia, tendo em vista a superioridade do Estado em face dos particulares o juiz concentrava em suas mãos o poder de investigar, acusar e julgar, ademais, não bastasse o evidente desequilíbrio, ressalta-se que o acusado não dispunha dos meios de defesa atualmente existentes, quais sejam, o direito à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal. A desproporção entre acusação e defesa era clara e manifesta, com tanto poder concentrado nas mãos de uma única pessoa obviamente que as consequências seriam as mais nefastas possíveis.

No período inquisitivo predominavam as acusações secretas, isto é, qualquer mera suspeita já era motivo suficiente para desencadear a abertura de um processo, não havia procedimento administrativo destinado à averiguação dos fatos o que hoje chamamos de inquérito policial. Não obstante, pesava sobre o réu o duro fardo da presunção de culpabilidade, onde caberia ao acusado por seus próprios meios provar que não era o infrator da norma penal sob pena de condenação. Tal encargo era demasiadamente danoso para aqueles que se encontravam nesta posição, por conseguinte, diante de toda a desproporção entre acusação e defesa pode-se dizer que dificilmente se produzia a tão esperada justiça.

Neste sentido Bento assevera que:

Ao contrário dos ditames constitucionais existentes no Estado Democrático de Direito atual, existia a presunção de culpabilidade, onde o infrator da norma penal, tipificada enquanto crime era presumidamente culpado, não havendo sequer a possibilidade do exercício das garantias inerentes a um processo justo e célere. Tais demonstrações são exemplos de que esse julgamento era desproporcional, pois submetia o cidadão a condições desfavoráveis, violando a dignidade da pessoa humana, havendo uma completa inexistência de paridade de armas entre acusação e defesa, violação do devido processo legal, olvidando, assim, a presunção de inocência (BENTO, 2007, p. 31)

De acordo com Bento (2007, p. 31), tamanhas eram as barbaridades produzidas neste período que até mesmo a tortura era utilizada como meio apto a se produzir a confissão do acusado, com o intuito de se identificar eventuais cúmplices ou contradições. A despeito da proibição da tortura no Brasil, infelizmente tal prática ainda ocorre, todavia, baseado na Constituição Federal e em alguns Tratados Internacionais atualmente existem meios para se descartar estas provas ilícitas.

Ocorre que durante o período absolutista a centralização do poder nas mãos do Estado fez surgir inúmeras arbitrariedades e injustiças, o poder-dever punitivo era utilizado para fins escusos e ilegítimos, em sua grande maioria, destinados a

corresponder aos interesses daqueles que detinham o poder, o que nos dias de hoje constituiriam flagrantes ilegalidades e desrespeitos aos princípios fundamentais, em especial, à presunção de inocência.

Tais violações e arbitrariedades foram inicialmente combatidas por Beccaria em sua obra intitulada como "Dos Delitos e das Penas", vindo a influenciar fortemente o processo penal. Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, citado por Bento (2007, p.34), enfatiza que "somente a lei deveria determinar os indícios de um crime, em que fosse necessária a custódia do infrator, e não a preponderância do poder estatal através da força", tal posicionamento do Estado foi duramente criticado pelo jurista que, de forma pioneira, passou a pensar o processo penal como um processo mais justo pautado nas garantias individuais do cidadão, revelando-se como um dos primeiros opositoristas aos processos inquisitórios.

Declaração de Virgínia de 1776

Pode-se afirmar que a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, proclamada por uma das treze colônias na América em 12 de janeiro de 1776, foi uma das primeiras manifestações em defesa das garantias individuais. De acordo com Bento:

A Declaração de Virgínia abarcava as bases dos Direitos do Homem, especialmente assegurando o direito de defesa nos processos criminais, bem como julgamento célere por juiz imparcial, posto que ninguém seria privado de sua liberdade, exceto por lei da terra e julgamento de seus pares. Prestigiava-se a observância da necessidade da defesa, até como um requisito de um processo justo, reconhecido como devido processo legal. (BENTO, 2007, p. 37)

Logo, percebe-se nitidamente quais eram os ideais do Bom Povo da Virgínia ao declarar este importante documento, buscava-se principalmente impor limitações ao poder estatal que até então de forma soberana conduzia os processos da maneira que lhe era mais conveniente, a partir de então os cidadãos acusados passaram a ter respaldo legal para serem processados por seus pares.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

Segundo Barbagalo (2009, p. 37) alguns doutrinadores apontam que há indícios da utilização do princípio da presunção de inocência na legislação da Grécia e Roma antiga, todavia, o entendimento predominante na doutrina afirma que o

nobre instituto teve origem com a Revolução Francesa no século XVIII, com o intuito de impedir novos abusos do poder estatal na França.

Nesse período de instabilidade política da sociedade francesa, mais precisamente em 1789, influenciada pelos ideais iluministas e com forte apelo democrático a assembleia aprova a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual positivou expressamente de forma pioneira o princípio da presunção de inocência onde estabeleceu em seu Art. 9º que "Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo rigor desnecessário, empregado a efectuar, deve ser severamente reprimido pela lei".

Convém ressaltar também o contido do art.7º do mesmo diploma que trazia aspectos relacionados à legalidade das prisões cujo texto determinava que "nenhum homem pode ser preso ou detido exceto nos casos determinados por lei e na forma que ela prescreve", numa tentativa clara de se criar parâmetros a serem obedecidos pelo Estado cujo foco principal visava substituir as incertezas das decisões, pela certeza da lei.

De acordo com Bento:

Esta previsão positivada pode ser constatada como uma reação contra abusos, que legitimavam o uso da tortura como fora de obtenção da confissão, destituídas de quaisquer garantias de defesa, além da atribuição de poderes absolutos ao juiz e aos órgãos de investigações e de acusação. (BENTO, 2007, p. 39)

Tal diploma pode ser considerado um marco para o direito já que de forma pioneira estabeleceu limites a serem respeitados na persecução penal, a partir daí afasta-se a responsabilidade penal objetiva ou a presunção de culpabilidade, onde cabia ao acusado provar os motivos de sua inocência, para então se estabelecer a ideia de que todos são presumidamente inocentes até que se prove o contrário.

Nota-se que no âmago da positivação da presunção de inocência estavam presentes uma série de direitos complementares, tal preceito não se esvazia em si mesmo, traz consigo diversas outras garantias, tais como, a vedação às práticas de tortura comumente utilizadas na época para se colher a confissão do acusado, o direito a ser tratado com dignidade no curso do processo penal ou da investigação, de não ter sua liberdade cerceada senão após formada sua culpa, bem como, o afastamento da presunção de culpabilidade que tanto afligia os acusados.

Tal postulado é considerado uma grande avanço na história dos direitos fundamentais, a abordagem realizada na declaração tomou proporção muito maior do que se imaginava tanto é que influenciou profundamente os demais tratados que o sucederam, bem como, se fez presente nas Constituições de inúmeros países mundo afora.

Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948

Posteriormente, após o término da 2ª guerra mundial os países resolvem se organizar na forma de um organismo internacional de cooperação, movimento este que ficou mundialmente conhecido como Organização das Nações Unidas (ONU), e em 10 de dezembro de 1948 a Assembleia Geral das Nações Unidas, proclamou a denominada Declaração Universal dos Direitos do Homem como forma de impor limites aos abusos então cometidos contra a dignidade da pessoa humana durante a Segunda Guerra Mundial.

Por sua vez Comparato observa que:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial , e cuja revelação só começou a ser feita - e de forma muito parcial, ou seja, com omissão de tudo o que se referia à União Soviética e de vários abusos cometidos pelas potencias ocidentais - após o encerramento das hostilidades. (COMPARATO, 2008, p. 226)

Buscou-se preservar os ideais proclamados na Revolução Francesa, pregava-se a igualdade e fraternidade entre os homens, além disso, os princípios da dignidade da pessoa humana e presunção de inocência adotados pelos franceses reverberaram e se fizeram presentes novamente nesta nova declaração. Inspirada na declaração de 1789 é que a Declaração Universal dos Direitos do Homem reafirmou o princípio da presunção de inocência, em seu art. XI, onde assumiu a seguinte redação:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (ONU, 2016, online)

Nesse sentido leciona Batisti:

Houve alteração na apresentação da presunção de inocência entre 1789 e 1948. A Declaração de 1789 centrou a presunção de inocência na punição do rigor desnecessário, mantendo um isolamento referencial do princípio, enquanto que, na Declaração de 1948, o princípio se fez acompanhar de um parâmetro temporal e de duas especificidades que antes dizem respeito ao processo do que ao princípio de inocência. Pode-se dizer que a presunção de inocência, como equilíbrio entre a garantia social e liberdade individual assumiu logo o que veio a ser reconhecido como princípio político do processo. (BATISTI, 2009, p. 57)

Cumprе salientar a celeuma trazida por Batisti (2009, p.33) onde aborda o entendimento de alguns que sustentam que a Declaração Universal dos Direitos do Homem não possui força coativa, isto é, em que pese ela ter sido declarada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), como o próprio nome já diz, trata-se apenas de uma mera declaração desprovida de força vinculante, razão pela qual não estariam os países obrigados a segui-la, tal argumento encontra guarida em sua própria redação onde constou tratar-se de "ideal comum pelo qual todos os povos e nações devem esforçar-se".

Nota-se que a Declaração da ONU aborda o tema de forma mais específica, contemplando o tema presunção de inocência de forma explícita e classificando-o expressamente como um direito. Estabelece ainda um marco temporal ao afirmar que a presunção subsiste até que seja provada sua culpabilidade nos termos da lei. Ademais, traz em seu bojo duas garantias processuais que nos remetem à ideia do devido processo legal, quais sejam, a publicidade e as garantias processuais necessárias à defesa do acusado, isto é, o novel dispositivo veda a prática de atos secretos que possam de alguma forma produzir arbitrariedades quando realizados longe dos olhos da sociedade e encobertos pela sombras e, no mesmo sentido garante que o acusado deve ser acompanhado por defesa técnica sendo esta medida indissociável de justiça.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950

De forma semelhante o nobre princípio se fez presente também no âmbito das organizações regionais, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 ratificou tal entendimento ao fazê-lo constar expressamente em seu art. 6.2 "Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto sua culpabilidade não tiver sido legalmente comprovada".

Batisti (2009, p.38) assevera que "a Convenção Europeia trata da presunção de inocência *dentro da perspectiva de um processo equitativo, público e perante um Tribunal independente e imparcial*" [sic]. Não bastasse a afirmação do renomado princípio, preocupou-se em vinculá-lo dentro de uma perspectiva onde devem ser obedecidos certos aspectos de natureza processual, dentre eles, o direito a um julgamento justo, público e imparcial onde se respeite direitos mínimos do acusado, a saber, o direito a ser informado dos fatos e da natureza da acusação, defender-se dentro de um prazo razoável utilizando-se de defensor constituído, ou na falta deste, de defensor público, bem como, direito a arrolar testemunhas e interrogá-las no desenrolar da lide, entre outros.

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966

Posteriormente, malgrado inúmeros países terem assinado a Declaração Universal dos Direitos do Homem, discute-se se tal diploma teria ou não natureza de norma cogente, diante de tal incongruência, a ideia de um novo pacto sobre direitos humanos que estabelecesse normas vinculantes aos países signatários passou a ser bem vista pela ordem internacional, razão pela qual teve origem o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 266 de 1991 e promulgado através do Decreto 592 de 1992, o qual estabeleceu a presunção de inocência em seu art. 14.2 "Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpabilidade, conforme a lei".

Baseado no entendimento de Bento (2007, p.44 - 45), pode-se afirmar que mais uma vez a presunção de inocência se fez presente, reservando o direito ao acusado de ser informado dos termos da acusação de forma detalhada e em língua que seja capaz de compreender, inclusive, lhe proporcionando intérprete se necessário. Além disso, pugnou pelo direito de poder ouvir testemunhas favoráveis à sua defesa, direito este garantido inicialmente apenas ao órgão acusador. O Pacto sobretudo expressou que o acusado não estaria obrigado a testemunhar contra si mesmo ou se confessar acerca do cometimento de um delito. Dentro desta ótica garantista pode-se dizer que o documento ainda inovou ao outorgar ao acusado o direito de ver seu processo ser reexaminado por um órgão de instância superior e de não ser processado duas vezes pelo mesmo delito.

Em síntese pode-se dizer que o pacto internacional preocupou-se em detalhar de forma pormenorizada os direitos trazidos anteriormente pela Declaração Universal, abordando-os novamente dentro de uma perspectiva garantista relacionada em grande parte ao devido processo legal.

Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969

Dentro da mesma linha de acordos regionais surge então a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH), popularmente conhecida como o Pacto de San José de Costa Rica, editado em 22 de novembro de 1969, todavia o Brasil somente manifestou sua adesão em 25 de setembro de 1992 através do decreto 678. Em seu conteúdo podemos destacar o art. 8 onde consignou uma série de garantias de natureza processual, bem como da presunção de inocência descrita especificamente como um direito no item 8.2.

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. (grifo nosso) (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016, online)

Por força da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos o processo penal brasileiro sofreu algumas modificações, dentre elas observa-se o contido no art. 366 do Código de Processo Penal com a redação dada pela Lei 9.271 de 1996, onde determina a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional quando o acusado citado por edital, não comparecer nem constituir advogado.

Nota-se que a presunção de inocência inicialmente aparece dentro de uma perspectiva de direito material, entretanto, à medida que os Tratados e Convenções de Direitos Humanos foram ganhando força no cenário mundial, houve uma mudança sutil em seu posicionamento, se aproximando mais de uma norma de caráter processual do que de direito material.

Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1990

Sua finalidade visa proteger os Direitos do Homem e as Liberdades Fundamentais, assim como nas declarações que a precederam preocupou-se em preservar os direitos do acusado durante o processo penal, reafirma que a liberdade é direito inerente à personalidade humana, por conta disso, ninguém será privado dela sem que antes haja sido respeitado o devido processo legal e tenha sua culpa formada.

Na hipótese em que haja fundada suspeita do cometimento de infração penal o indivíduo deve, de forma célere, ser apresentado diante de autoridade judiciária que irá deliberar sobre sua soltura ou manutenção da prisão cautelar, sempre o fazendo de forma motivada. Estabeleceu ainda a possibilidade de concessão de liberdade provisória ao acusado mediante a garantia de seu comparecimento ao juízo quando necessário.

Por fim, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a exemplo de outros Tratados Internacionais, abordou a presunção de inocência em seu item n. 2, art. 6 onde determinou que qualquer pessoa acusada de uma infração é presumida inocente, enquanto sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000

Trata-se de mais um documento no âmbito União Europeia destinado a reafirmar o compromisso das nações signatárias para com as garantias do devido processo legal, a defesa da democracia e da cidadania. De acordo com Bento (2007, p.51) preocupou-se em "reforçar a proteção aos direitos fundamentais, à luz

da evolução da sociedade, do progresso social, e da evolução da dignidade humana, ratificando os preceitos trazidos pela Convenção Europeia".

Novamente, devido a sua relevante importância e necessidade de preservação, o princípio da presunção de inocência se fez presente no art.48, onde garante que todo acusado deve ser considerado inocente enquanto não tiver sido provada a sua culpa.

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS CONSTITUIÇÕES MUNDIAIS

Antes de analisar o instituto da presunção de inocência na Constituição brasileira é indispensável verificar o tratamento dado ao tema por outros países em suas Constituições locais, bem como, nas diversas Constituições brasileiras já proclamadas, verificar-se-á que o nobre princípio custou a aparecer expressamente na Carta Magna, e quando o fez inspirou-se em redações já adotadas em outros países.

Argumenta-se que na França, considerada o berço das revoluções humanistas, o instituto da presunção de inocência não encontra-se descrito na forma de um artigo específico, entretanto, verifica-se em seu preâmbulo o compromisso assumido pelos franceses na declaração de 1789 ao reafirmar o dever de observância aos direitos humanos já estabelecidos. De acordo com Barbagalo (2015, p. 41) ao citar a carta constitucional francesa, "O povo francês proclama solenemente o seu apego aos direitos humanos e aos princípios da soberania nacional como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e complementada pelo preâmbulo da Constituição de 1946".

Por sua vez na Itália, de acordo com Bento (2007, p. 55), a presunção de inocência foi aprovada pelo parlamento em 1948, encontrando-se prevista no art. 27, § 2º onde determina que "o acusado não é considerado culpado senão após sentença definitiva". A doutrina revela que a redação final deste dispositivo na constituição italiana enfrentou profundas discussões políticas, evidenciando o embate existente entre duas correntes, enquanto a primeira defendia a ideia da proibição de antecipação de pena, a segunda propunha que por ser uma presunção legal o ônus de provar caberia ao órgão acusador. Como resultado desta polêmica a solução encontrada para satisfazer as duas correntes foi adotar um meio termo, por conta disso, aprovou-se uma redação não muito precisa onde o termo "presunção de inocência" não foi pronunciado expressamente, sendo necessário o uso de técnicas

de hermenêutica a fim de alcançar seu real significado, vindo mais tarde a influenciar a redação da constituição brasileira.

A Constituição Espanhola promulgada em 1978 também contempla a presunção de inocência em seu art. 24, item 1 e 2:

24.1. Todas pessoas têm o direito a obter tutela efetiva dos juízes e tribunais sem exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa se produzir cidadão sem defesa.

2. Assim mesmo todos têm direito a um juízo ordinário predeterminado por lei, à defesa e à assistência especializada, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes à sua defesa, a não declarar contra si mesmo, a não se confessar culpado e a presunção de inocência.[...]A presunção de inocência se viola quando a prova a cargo foi obtida mediante violação de direitos fundamentais substantivos. (BENTO, 2007, p. 52)

Inspirada nos preceitos da Convenção Europeia de Direitos Humanos preocupou-se em preservar a dignidade humana e demais direitos destes decorrentes, assim como o direito de ampla defesa com a utilização dos meios de prova pertinentes à sua defesa, não produção de provas contra si mesmo, processo célere e público, com especial atenção às prisões decorrentes de medidas cautelares sob pena de violação do renomado princípio.

Seguindo o mesmo caminho de afirmação das garantias individuais, Bento (2007, p. 62 - 65) enfatiza que a Constituição Portuguesa também veio a reconhecer a presunção de inocência expressamente, entretanto, só veio aparecer na Carta Constitucional de 1976 em seu art. 32.2 “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”.

Por sua vez, de acordo com Barbagalo (2015, p. 46), a Constituição Alemã não trata expressamente da presunção de inocência, porém, parte da doutrina entende que tal garantia está implícita em seu art.1º onde reconhece a dignidade humana como uma garantia inviolável a qual orienta todo seu ordenamento jurídico, ou ainda, presente nos acordos de direito internacional ratificados pela Alemanha.

Como bem observa Barbagalo (2015, p. 44), a Constituição Mexicana de 1917 previu expressamente a presunção de inocência em seu art. 20, b, I ao instituir que toda pessoa tem direito “a que se presuma sua inocência enquanto não se declare sua responsabilidade mediante sentença emitida pelo juiz da causa”. Já a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, de 1787, embora não traga o

instituto da presunção de inocência de forma expressa, estabelece parâmetros a serem observados a fim de que sejam respeitados os direitos fundamentais. Segundo Bento (2007, p.83), o direito norte-americano trouxe importante contribuição para o estudo da presunção da inocência em decorrência do julgamento do caso Miranda Arizona, no caso em tela, embora o acusado tenha assinado sua confissão, em sede recursal, a Suprema Corte definiu que o réu fosse posto em liberdade, uma vez que não foram respeitados os ditames constitucionais. Em consequência disso foram estabelecidos procedimentos a serem obedecidos pela autoridade policial na condução de prisões em flagrante objetivando proteger as garantias constitucionais do cidadão, fato este que culminou por influenciar constituições de outros países.

Conforme leciona Barbagalo (2009, p.45), em profunda análise das constituições sul-americanas, a Constituição Argentina não adotou expressamente a fórmula clássica da presunção de inocência, mas entende-se que ela foi recepcionada implicitamente através de seus art. 31 e 33, ao reconhecer as determinações dos Tratados Internacionais ou outros princípios decorrentes da soberania do povo não enumerados expressamente. Todavia, parte da doutrina reconhece que está implícito na redação dos artigos 18 e 19 que enumera regras de direito processual.

Pontua Barbagalo (2015, p. 45) que da mesma forma manifestou-se a Constituição Uruguaia ao não prever expressamente a presunção de inocência em seus preceitos constitucionais, porém, alguns autores afirmam que estaria implícito na redação de seu art.12 onde rege que "ninguém será punido sem o devido processo legal e sentença legal".

Barbagalo (2015, p. 44 - 45) pondera que a Constituição Chilena também não contempla a expressão de forma clara, admite-se que estaria implícito em seu art.19 onde preceitua que "a lei não poderá presumir a responsabilidade penal", entretanto o renomado instituto encontra guarida no art. 4º do Código de Processo Penal.

Em contrapartida, Barbagalo (2015, p. 46) enfatiza que as Constituições de Peru e Paraguai a reconheceram de forma expressa em seus Diplomas Constitucionais. Enquanto a Constituição Peruana em seu art. 2, 24 afirma que "Toda pessoa é considerada inocente enquanto não seja declarada judicialmente sua responsabilidade", a Carta Paraguaia, de forma enfática, assume que "no

processo penal ou em qualquer outro do qual possa derivar pena ou sanção, toda pessoa tem direito a: que seja presumida sua inocência".

Outrossim, Barbagalo (2015, p. 46) assevera que a Constituição da Venezuela seguiu o mesmo caminho ao proclamar a presunção de inocência em seu art. 49 "O devido processo se aplicará a todas as atuações judiciais e administrativas; em consequência: 2. Toda pessoa se presume inocente enquanto não se prove o contrário".

Por fim, no Brasil somente com o advento da Constituição de 1988 é que a presunção de inocência passou a ser explicitamente reconhecida dentro da Carta Política. Embora a tradicional expressão não tenha sido empregada pode-se dizer que foi declarada através de uma linguagem negativa, (art.5º, LVII), antes disso nenhuma outra Constituição havia reconhecido tal garantia.

Contornos dogmáticos da presunção de inocência

Pode-se afirmar que a presunção de inocência tal como disposta no ordenamento jurídico está umbilicalmente ligada ao devido processo legal, tamanha sua importância, que o legislador constituinte da Carta Magna de 1988 a elevou ao grau máximo de garantia constitucional, razão pela qual é condição que se impõe ao Estado durante a toda a persecução penal.

Tal princípio carrega consigo profunda carga ideológica, representa séculos de opressão por parte do Estado que através de seu *Jus Puniendi*, imperava sobreano em detrimento de garantias individuais dos acusados. Foi assim no período iluminista e há poucas décadas atrás, na era ditatorial, ainda o era. O reconhecimento deste princípio veio para acabar com a desproporção então existente entre acusador e réu, opressor e oprimido, o réu passou a ser sujeito de direitos devendo ser presumido inocente até que o trânsito em julgado autorize a colocar seu nome no rol dos culpados, a partir de quando afasta-se o estado de inocência.

A presunção de inocência é para Pisani, citado por Lopes e Badaró (2016, p. 8), "uma presunção política, que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal". Todavia, a presunção de inocência não esgota-se neste sentido político, segundo ensina a melhor doutrina o princípio desdobra-se em duas regras essenciais no processo penal, quais sejam, regra probatória ou regra de juízo e regra de tratamento.

A regra probatória baseia-se no fato de que cabe ao órgão acusador a prova da culpabilidade do agente, isto é, cabe à acusação a demonstração inequívoca de que os fatos imputados ao réu correspondem à verdade real e são suficientes para conduzir à condenação, para tanto deve-se formar um juízo de certeza de forma que existindo qualquer sombra de dúvida deve a situação fática ser interpretada da forma mais favorável ao réu.

No mesmo sentido assevera Renato Brasileiro:

[...] na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída. (LIMA, 2016, p.82)

Sob esta ótica a presunção de inocência muito se aproxima de outro princípio base do processo penal, o *in dubio pro reo*, ora se o Estado dotado de inúmeros meios de investigação não consegue comprovar cabalmente a culpabilidade do sujeito, de acordo com a regra probatória não cabe ao réu produzir prova negativa de sua autoria ou participação, razão pela qual deve ser aplicado entendimento mais favorável ao acusado haja vista estar em pleno gozo de seu estado de inocência.

Por sua vez a presunção de inocência como regra de tratamento impõe ao Estado-acusador o dever de tratar o réu como inocente durante todo o curso do processo, em consequência disso pode-se afirmar que o réu merece tratamento diferenciado em relação ao réu definitivamente condenado. Segundo Renato Brasileiro (2016, p. 82) "o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado".

Portanto, trata-se de uma garantia ao acusado de que uma eventual condenação somente produzirá efeitos após a existência de título condenatório irrecorrível, o que segundo a Lei Maior somente é atingido após o trânsito em julgado e o desenrolar do devido processo legal, através do qual poderá o réu exercer assim a ampla defesa.

Todavia, a presunção de inocência e o dever de tratamento não devem ser encarados de forma absoluta, podendo ser relativizados diante de situações

excepcionais sob pena de colocar em risco a efetividade de todo o sistema persecutório. Em razão disso, o Pretório Excelso já pacificou a questão ao definir que a adoção de medida cautelar que culmine no cerceamento de liberdade do indivíduo não ofende a presunção de inocência quando decretada em situações de absoluta necessidade, é medida excepcional que se impõe, devendo se fundamentar em base idônea que justifique a imprescindibilidade da privação da liberdade ao réu.

O que se proíbe aqui é a prática de eventuais arbitrariedades em face do direito de liberdade, assim como bem ensina o Ministro Celso de Mello (STF, 2016, online), "a prisão a título cautelar não pode ser decretada pelo poder estatal como forma de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática de um delito", nesse embate persecutório deve prevalecer a liberdade em detrimento de prisões desvestidas dos pressupostos da cautela. A desobediência das regras de tratamento no curso do processo é anomalia que merece ser combatida, sob pena de violação do primado da presunção de inocência, no entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao firmar novo entendimento parece ignorar tal postulado, afinal, não se trata como inocente optando pela execução provisória da pena quando estão ausentes os motivos cautelares.

Presunção de Inocência ou Presunção de Não Culpabilidade

Pode-se afirmar que as expressões "presunção de não culpabilidade" e "presunção de inocência" por inúmeras vezes são utilizadas como sinônimos, contudo, no campo doutrinário os autores travam sério embate ao discutirem seu real significado, enquanto alguns defendem que seriam expressões equivalentes as utilizando indistintamente, outros apontam que trata-se de expressões distintas, em razão disso salutar se faz prestar alguns esclarecimentos.

Em que pese a clareza do texto constitucional muito se discute acerca do significado semântico das duas expressões, por conta disso parte da doutrina afirma que a Constituição de 1988 não teria consagrado necessariamente a presunção de que o réu é inocente, mas uma presunção de não culpabilidade.

Para Lopes e Badaró (2016, p.12), as expressões "inocente" e "não culpável" constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. Seria contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas.

Por outro lado, Rangel defende que não há que se falar em presunção de inocência, mas sim declaração, isto é, o que há na verdade é uma declaração de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado.

Primeiro não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente.

A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência. (RANGEL, 2010, p.24)

Por sua vez, Delmanto Junior, citado por Barbagalo (2015, p.60) em brilhante análise sobre a divergência semântica do tema em questão, afirma que a Constituição teria adotado "tão somente o direito à desconsideração prévia da culpabilidade". Por outro ângulo, segundo o Ministro Ayres Britto, "o direito à presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência" (STF, 2012, online).

Apesar de toda a divergência, no campo doutrinário a discussão parece estar resolvida já que em decorrência do §2 do art.5º, da Constituição Federal, tanto o Pacto de São José da Costa Rica quanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, os quais reconhecem expressamente a presunção de inocência, teriam sido incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, essa discussão se mostra inócua do ponto de vista prático, inclusive o Supremo, legítimo intérprete e guardião da Constituição, comumente se utiliza das duas expressões de forma indistinta. Portanto, embora haja entendimentos distintos no quadrante doutrinário, evidencia-se que a presunção de inocência está expressamente descrita como princípio informador do ordenamento jurídico brasileiro devendo ser respeitada.

A natureza supra legal dos tratados internacionais obre direitos humanos

Cumprе salientar o entendimento de parte da doutrina onde preconiza-se que tanto o Pacto Internacional do Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos foram promulgados internamente pelo Brasil através dos respectivos Decretos 592 e 678 de 1992. Por conta disso tais dispositivos devem ser

interpretados conforme entendimento extraído à luz do art.5º, § 2º da Constituição Federal onde determina expressamente que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Conforme entendimento de Grinover (2009, p.71), "todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior".

Tamanha a discussão jurídica sobre o tema em questão que o Supremo Tribunal Federal, em relevante interpretação do dispositivo, se viu obrigado a rever seu posicionamento anteriormente adotado ao julgar o Recurso Extraordinário n. 466.343/SP. O presente recurso teve seu provimento negado pelo Relator Ministro Cezar Peluzo, em seguida, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o Relator, e foi adiante, ao afirmar que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, afastando de forma cristalina a possibilidade de aplicação de legislação infraconstitucional conflitante com estes diplomas.

Ressalta-se o parecer expedido por Lopes e Badaró:

Esse relevantíssimo precedente, significou uma mudança no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que passou a entender que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem natureza supra legal (posição do Min. Gilmar Mendes) ou materialmente constitucional (posição do Min. Celso de Mello). De qualquer forma, e este é o ponto relevante, as leis ordinárias, anteriores ou posteriores à CADH, que com ela colidirem, não terão eficácia jurídica. (LOPES; BADARÓ, 2016, p.6)

Destarte, chega-se a conclusão que os Pactos e Tratados de Direitos Humanos assinados pelo Brasil possuem status de natureza constitucional, possuindo, portanto, efeito vinculante, os quais devem ser obedecidos quer seja no processo legislativo, quer seja no processo de interpretação das normas pela Corte Suprema e demais Tribunais.

A comprovação da culpa de trânsito em julgamento estabelecido na Constituição federal de 1988

Analisando o art. 8.2 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH) verifica-se que, diferentemente da Carta Magna, tal documento condiciona a

existência da presunção de inocência até que seja comprovada a culpabilidade do agente, fato este que poderá ser alcançado através do duplo grau de jurisdição, mediante prolação de acórdão condenatório no julgamento de eventual recurso. Todavia, em que pese o disposto no eminente Tratado, a Constituição brasileira vai mais além ao definir que a presunção de não culpabilidade estende-se até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Isto posto, deve-se realizar uma análise sistemática das duas legislações para somente então encontrar a co-existência harmoniosa entre os dois dispositivos. Deve-se observar o contido no art. 29, b, do referido pacto, onde estão relacionadas normas de interpretação a serem utilizadas em caso de conflito entre ambos, a partir de onde se extrai que a CADH não poderá restringir a aplicação da legislação brasileira, que por ser mais ampla e estender a presunção de inocência até o trânsito em julgado, deve sobrepor ao disposto no Tratado. Neste sentido leciona Grinover (2009, p.71), ao afirmar "isso quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana se integram e se completam; e, na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais".

Portanto, pode-se afirmar que a expressão "trânsito em julgado" não se confunde com o "duplo grau de jurisdição". Este fundamenta-se no direito subjetivo garantido ao réu através da análise de seu recurso por um tribunal de 2º grau, teoricamente mais experiente, como forma realizar o controle estatal das decisões de 1º grau, objetivando por conseguinte a minimização ou correção de eventuais erros. Já aquele relaciona-se com o esgotamento de todos os recursos possíveis, a partir de quando passa-se da condição de mutável à de imutável e a questão não mais poderá ser discutida.

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu art.5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", este importante dispositivo ficou mundialmente conhecido como presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade, como prefere parte da doutrina. No tocante ao posicionamento adotado pela Suprema Corte brasileira, após a proclamação da Carta Política de 1988, firmou-se inicialmente entendimento no sentido de que tal princípio não impediria a execução da pena após confirmação

de sentença condenatória por um tribunal de 2º grau, ainda que cabível Recurso Especial e Extraordinário.

A execução da pena, portanto, seria possível uma vez que, em tese, os referidos recursos excepcionais não são dotados de efeito suspensivo, isto é, não seriam meios aptos a interromperem o início do cumprimento da pena, tampouco se prestariam a reanalisar matéria fático probatória de modo a rever condenações, sendo destinados tão somente a reconhecer a existência de eventuais ilegalidades ou inconstitucionalidades.

Destarte, conforme leciona Renato Brasileiro:

Em virtude de os recursos extraordinário e especial não serem dotados de efeito suspensivo, prevaleceu ao longo dos anos o entendimento jurisprudencial segundo o qual era cabível a execução provisória de sentença penal condenatória recorrível, independentemente da demonstração de qualquer hipótese que autorizasse a prisão preventiva do acusado à luz do art. 312 do CPP. O fundamento legal para esse entendimento era o disposto no art. 637 do CPP ("O recurso extraordinário não terá efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença"). (LIMA, 2016, p. 5)

Em razão disso, infere-se, ainda que o acusado tivesse se utilizado dos recursos acima nominados e que os motivos justificadores da prisão cautelar estivessem ausentes, estaria o indivíduo sujeito a ter seu direito de liberdade cerceado.

Contudo, tal entendimento foi posteriormente alterado em razão de novo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar o Habeas Corpus 84.078 no ano de 2009. Sob relatoria do então Ministro Eros Grau, por 7 votos a 4, o plenário da Suprema Corte passou a interpretar o art.5º, inciso LVII da Constituição Federal como uma regra de caráter absoluto, posicionamento este que passou a obstar a execução provisória da pena. Desta forma, em que pese os Recursos Especial e Extraordinário não serem dotados de efeito suspensivo, a execução da pena somente poderia ser implementada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, exceto nos casos de prisão cautelar onde estivessem presentes os motivos da prisão preventiva.

Entretanto, estranhamente, em fevereiro de 2016, ao julgar o Habeas Corpus 126.292, novamente por 7 votos a 4, o Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, decidiu alterar sua jurisprudência então consolidada, de

forma a admitir a execução provisória da pena após condenação proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que cabível recurso especial ou extraordinário, sem prejuízo de violar o princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido pontuou o Ministro Teori Zavascki:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. (STF, 2016, online)

Decidiu a Suprema Corte no sentido de que o célebre princípio objeto deste trabalho merecia ser relativizado à luz da proporcionalidade, já que devido à sua excessiva amplitude acabava por provocar anomalias em todo arcabouço jurídico brasileiro. Foi suscitado que o sistema penal brasileiro tal qual como se encontra atualmente, apresenta-se demasiadamente complacente já que permite infundáveis recursos, muitas vezes meramente protelatórios, com vistas a retardar o processo de cumprimento de pena, fato este que vem gerando enorme descrédito à justiça brasileira, bem como, sensação de impunidade em toda sociedade. Aliado a isso revelou-se a necessidade de interpretar os direitos fundamentais sob uma ótica mais objetiva de modo a limitar seu alcance, sem contudo deixar de proteger seu núcleo essencial.

Após breves considerações sobre a evolução do entendimento jurisprudencial acerca do princípio da não culpabilidade, revelando como o tema em questão vem sendo tratado pelos tribunais, pretende-se finalmente passar à análise do mérito dessas decisões, analisando suas implicações na seara criminal.

A omissão da Suprema Corte diante de preceito normativo infraconstitucional

Importante destacar a omissão do acórdão proferido no julgamento do HC 126.292 no que se refere ao não enfrentamento do contido no art. 283 do Código de Processo Penal (CPP). A leitura do recente posicionamento do STF é flagrantemente conflitante com o dispositivo processual, caminham para direções opostas e não contribuem para a consolidação da segurança jurídica, pelo contrário, dá azo para novas discussões sobre o tema.

Conforme observe-se nos 7 votos proferidos pelos ilustres Ministros do STF, em nenhum deles, houve a menção ao supracitado dispositivo processual, seria mero esquecimento ou conveniência? fica a dúvida, resta, portanto, uma indagação a fazer, como não aplicar o art. 283 uma vez que este não foi expressamente declarado inconstitucional?

A questão foi muito bem abordada por Lenio Streck (2016, a, online), ao enfatizar a decisão do Ministro Teori Zavascky, quando ainda no Superior Tribunal de Justiça, ao proclamar seu voto na Recl. 2.645, quando diz: "não se admite que seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo 'sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade'". O jurista ainda continua:

Consequentemente, se esse dispositivo não foi declarado inconstitucional, então houve o quê? Interpretação do instituto da prisão provisória à luz da CF? Mais: esse novo entendimento não deu azo a uma súmula vinculante. E nem poderia, mesmo que tivesse 8 votos, porque a CF é clara, em seus limites semânticos, no sentido de que são necessárias várias decisões (reiteradas!). Portanto, na medida em que não é cabível a tese da abstratalização (objetivização) do controle difuso (a Recl. 4.335 virou uma SV) porque, no caso, nem declaração de inconstitucionalidade houve, não caberá reclamação da decisão de um tribunal que resolva não aplicar a nova posição do STF. (STRECK, 2016, a, online)

Deve-se considerar, portanto, que o julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP é desprovido de efeitos vinculantes, haja vista não ter sido proclamado em sede de controle de constitucionalidade concentrado, muito menos, ter sido objeto de súmula vinculante. Ademais, o plenário do STF silenciou no tocante à constitucionalidade ou não do art. 283 do CPP, fato este que nos leva a crer que o dispositivo ainda continua válido e produzindo seus efeitos. Sob este prisma fica evidente a antinomia existente entre o novo entendimento jurisprudencial, objeto deste estudo, e a omissão da Suprema Corte ao permanecer silente sobre a constitucionalidade ou não do retromencionado dispositivo infraconstitucional.

A controvérsia provocada pelo novo entendimento do Supremo Tribunal Federal e sua omissão, já vem sendo alvo de inúmeras críticas de renomados juristas brasileiros e instituições. A celeuma é tamanha que atualmente tramitam duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) na Suprema Corte brasileira, uma de autoria do Partido Ecológico Nacional (PEN) e outra de iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados (CFOAB).

Nos termos da ADC 44, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil alega que a decisão proferida em sede do HC 126.292/SP vem provocando inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre o princípio da presunção de inocência, observa ainda que a despeito de não possuir efeito vinculante, é entendimento que vem sendo seguido por tribunais de todo país, fato este que vem provocando indevidos cerceamentos ao direito de liberdade e contribuindo para insegurança jurídica, já que contraria o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal o que violaria a cláusula de reserva de plenário, expressa no artigo 97, da Constituição Federal, e na Súmula Vinculante 10, do STF. Ao final pugna pela concessão de medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena, bem como, solicita que o art. 283 do CPP seja declarado constitucional.

Segundo o Conselho Federal da OAB (ADC 44, p.6):

Afinal, se o Plenário dessa Suprema Corte não se pronunciou sobre o referido dispositivo legal, então não é possível que os tribunais simplesmente dispensem de aplicá-lo sem suscitar o devido incidente de arguição de inconstitucionalidade, conforme dispõe o novo Código de Processo Civil (art. 949, parágrafo único). Aliás, é nesse o sentido da Súmula Vinculante nº 10 dessa e. Suprema Corte. Observa-se, nesse contexto, que – não havendo qualquer efeito vinculante da decisão proferida no HC 126.292/SP, como consignado expressamente por seu Decano –, essa Suprema Corte terá de declarar a inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, em sede de controle concentrado, para sanar o paradoxo por ela mesma gerado [...] mesmo que as câmaras e turmas queiram seguir a orientação da Suprema Corte, a cláusula de reserva de plenário – insculpida no artigo 97 da Constituição e reforçada pelo próprio Supremo Tribunal Federal por meio da edição da Súmula Vinculante nº 10 – impede que os acórdãos condenatórios prolatados determinem a execução antecipada da pena à revelia da lei, cuja constitucionalidade deverá ser arguida incidentalmente perante o plenário, ou órgão especial, dos tribunais estaduais e federais enquanto não se prolatar decisão dotada de efeito *erga omnes*. (CFOAB, 2016, p.6)

Por sua vez o Partido Ecológico Nacional, baseado em linha de raciocínio semelhante, argumenta que a decisão viola texto normativo infraconstitucional, questão essa que deveria ter sido abordada ao determinar a execução antecipada da pena, razão pela qual pede que seja reconhecida a constitucionalidade do dispositivo infraconstitucional, bem como, em caráter cautelar, sejam suspensas todas as execuções antecipadas de pena em andamento.

Convém ressaltar que o STF, em 05 de outubro do corrente ano, iniciou o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade retromencionadas, nesta ocasião a suprema corte brasileira, em votação apertada, manteve seu

entendimento por 6 votos a 5 e indeferiu o pedido cautelar, por entender preliminarmente que o art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início da execução penal após decisão de segundo grau. Todavia, o mérito ainda não foi enfrentado sob o argumento de que a matéria ainda não estava madura para o julgamento e o impasse continua. Oportuno dizer que, conforme entendimento de Renato Brasileiro e Marcelo Novelino, a decisão que indefere liminar em ADC não produz efeitos "*erga omnes*", nem tem eficácia vinculante.

Conforme demonstrado verifica-se que o STF não enfrentou o mérito da questão, logo, temos uma relevante controvérsia a ser resolvida em sede de controle de constitucionalidade, por conseguinte, chega-se a duas faces de uma mesma moeda, isto é, ou o dispositivo legal analisado é inconstitucional e assim precisa ser expressamente declarado pelo Supremo, ou o entendimento firmado pelo STF ao julgar o HC 126.292/SP viola fragrantemente o dispositivo normativo infraconstitucional. O cenário, portanto, encontra-se encoberto pela insegurança jurídica e deve ser rapidamente enfrentado pelo STF, sob pena de continuar cometendo irreparáveis danos ao direito de locomoção dos cidadãos.

Isto posto constata-se que o art. 283 do Código de Processo Penal continua plenamente válido produzindo seus efeitos, quer seja pelo fato de a decisão do HC 126.292/SP não ter sido produzida através do controle de constitucionalidade concentrado ou no âmbito da edição de súmulas vinculantes, quer seja pelo fato de o Supremo não ter se manifestado acerca da inconstitucionalidade do dispositivo legal em questão. Descabida, portanto, a tese da execução antecipada da pena, uma vez que a prisão cautelar continua sendo a única forma de prisão legalmente válida antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Da Constitucionalidade Espelhada do art. 283 do Código de Processo Penal

Interessante argumentação foi suscitada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), protocolada em 19 de maio do corrente ano. De acordo com a tese levantada "caso uma norma infraconstitucional reproduza, repita, copie o teor de uma norma constitucional o que se verificará é sua constitucionalidade espelhada".

No caso em tela o CFOAB infere que o conteúdo do art. 283 representa exatamente aquilo que a Constituição Federal propõe em seu art.5º, incisos LVII e

LXI, tanto em seu aspecto formal, quanto material. Nesse sentido oportuno efetuar uma análise comparativa entre os dispositivos:

| Constituição Federal | Código de Processo Penal |
|--|--|
| Artigo 5 LVII — Ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória . LXI — Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. | Artigo 283 Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. |

Fonte: Ação Declaratória de Constitucionalidade proposta pelo CFOAB.

De acordo com Streck (2016, b, online), da leitura dos dispositivos acima verifica-se claramente o espelhamento entre eles, inclusive, do ponto de vista semântico pode-se afirmar que os ideais do legislador constituinte estão refletidos sob o específico artigo do Código de Processo Penal. A reforma do art. 283 ocorrida através da Lei 12.403/2011, foi fruto da mudança de entendimento promovida pelo STF no ano de 2009, onde firmou-se entendimento que só caberia execução de pena após o trânsito em julgado. A nova redação proposta pelo legislativo buscou harmonizar o referido dispositivo com os ditames constitucionais, bem como, afirmar a preponderância do princípio da presunção de inocência.

Considerando a clareza do dispositivo, resta prejudicada qualquer interpretação que nos remeta a uma visão reducionista de seu conteúdo, o termo condicionante da prisão - trânsito em julgado - não pode ser alvo de especulações hermenêuticas, assim como argumentou o Ministro Lewandowski (STF, 2016, online) ao proferir seu voto, "*in claris cessat interpretatio*, e aqui nos encontramos, sob pena de reescrever a norma".

A violação à Lei de Execuções Penais – Lei nº 7.210/84

Ainda no campo das violações de natureza infraconstitucional cumpre observar o relevante argumento suscitado pelo Ministro Celso de Mello ao proferir seu voto contrário à famigerada execução antecipada da pena, diante do HC 126.292/SP.

[...] mesmo que não se considerasse o argumento constitucional fundado na presunção de inocência, o que se alega por mera concessão dialética, ainda assim se mostraria inconciliável com o nosso ordenamento positivo a preconizada execução antecipada da condenação criminal, não obstante sujeita esta a impugnação na via recursal excepcional (RE e/ou REsp), pelo fato de a Lei de Execução Penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado. (STF, 2016, online)

Segundo o decano da Suprema Corte, Ministro Celso de Mello, a Lei de Execuções Penais estabelece em seus artigos, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória como pressuposto indissociável para a o cumprimento de penas privativas de liberdade e restritivas de direitos. Verifica-se que a legislação infraconstitucional condiciona o cumprimento de pena privativa de liberdade e restritiva de direitos a uma sentença transitada em julgado, pois é somente a partir desta que a decisão passará a ter a característica da imutabilidade. Este é o entendimento que se extrai dos seguintes dispositivos.

Art. 105. **Transitando em julgado a sentença** que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento **para a execução**.

Art. 147. **Transitada em julgado** a sentença que aplicou a pena **restritiva** de direitos, **o Juiz da execução**, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, **promoverá a execução**, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. (grifo nosso)

Ao finalizar seu voto o Ministro ainda fez questão de ressaltar que, independente do fundamento jurídico invocado, seja ele de caráter constitucional ou infraconstitucional, nenhuma execução de condenação criminal, até mesmo uma pena de multa, poderá ser executada, sem que esteja fundada em título judicial definitivo, resultante exclusivamente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

A execução antecipada da pena e seus reflexos no estado de coisas inconstitucional

Há de se ressaltar o recente posicionamento da Suprema Corte no que se refere ao colapso do sistema penitenciário brasileiro, que há muito, tem desrespeitado uma série de garantias já consagradas pela Constituição Cidadã, se é que ainda podemos chamá-la assim, diante da incessante violação aos direitos mais

louváveis do ser humano. Em 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC ADPF 347) proclamou o "Estado de Coisas Inconstitucional", onde reconheceu o colapso do sistema penitenciário brasileiro diante das reiteradas violações dos direitos fundamentais daqueles que encontram-se sob a tutela do Estado. O acórdão enfatiza ainda a ineficiência da máquina pública em gerenciar a questão prisional, agravada sobretudo em decorrência da inércia do poder público e da cultura de encarceramento pela qual vivenciamos.

Certamente a superlotação do sistema carcerário brasileiro contribui sobremaneira para o processo de degradação dos direitos fundamentais, e logicamente, a ideia de uma execução antecipada da pena só tende a piorar os números, que diga-se de passagem, apresentam estatísticas alarmantes.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, produzidos através do Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, em junho de 2014, o sistema carcerário brasileiro possuía a quarta maior população carcerária do mundo com 567.655 pessoas presas, dos quais 41% presos provisórios, atrás apenas de Estados Unidos da América, China e Rússia. Isso representa um déficit de 210.436 vagas. Ao contabilizar os presos sob regime domiciliar, o déficit subiria para 358.373 vagas. Assim, verificar-se-ia uma população carcerária de 715.592 detentos para abrigar em apenas 357.219 vagas existentes no sistema prisional, o que representa segundo a pesquisa uma taxa de ocupação na ordem de 200%. Computado o número de mandados de prisão que se encontravam em aberto à época do estudo o resultado se torna ainda mais assustador, saltaria para impressionantes 1.089.646 pessoas presas. Considerando que todos os mandados em aberto fossem cumpridos constata-se um déficit total de 732.427 vagas no sistema penitenciário brasileiro.

Diante do estarrecedor cenário de violação dos direitos fundamentais o Ministro Marco Aurélio, no bojo da ADPF 347, chegou a afirmar que:

(...) a superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. (STF, 2015, online)

A suprema corte ao analisar o caso, como forma de atenuar as violações aos direitos fundamentais, determinou que sejam observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a fim de que as Audiências de Custódia passem a ser realizadas dentro de um prazo máximo de 24 horas contados a partir da prisão, bem como, deferiu medida cautelar para que a União libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional como forma de garantir ao réu preso a preservação de seus direitos fundamentais.

Certamente não é função típica do poder judiciário solucionar as mazelas do sistema penitenciário, e frise-se que está bem longe disso, mas indubitavelmente o STF ao optar pela execução antecipada da pena em nada contribui para a melhoria deste cenário, pelo contrário, contribui para seu agravamento. Ademais, o que se vislumbra, além do potencial aumento do encarceramento de presos provisórios, é que tal decisão entra diretamente em rota de colisão com o pronunciado na ADPF 347.

A ELEVADA TAXA DE REVERSIBILIDADE DAS DECISÕES ATRAVÉS DE RECURSO ESPECIAL OU HABEAS CORPUS

Importante destacar a função do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no complexo sistema judiciário brasileiro, órgão máximo no que se refere à interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional. Têm sua competência definida no art.105 da Constituição Federal, onde estabelece sua atuação tanto como tribunal de competência originária, quanto como órgão legítimo a atuar na revisão das decisões proferidas por tribunais de alçada inferior.

Ocorre que por mais preparados que sejam os juízes de instâncias inferiores e em decorrência tanto da falibilidade humana, quanto da liberdade conferida aos magistrados para decidirem conforme suas convicções, por inúmeras vezes, e isso é perfeitamente aceitável, a parte irresignada recorre à instância superior objetivando ter seu caso novamente analisado e a decisão possivelmente reformada, considerando que nem sempre as decisões são justas e muitas vezes revelam falhas na aplicação da pena.

Há de se ressaltar a maior incidência nas sentenças de erros relacionados à dupla valoração de circunstâncias judiciais, o que conhecemos por proibição do "*ne bis in idem*". Nesse sentido Carvalho enfatiza:

A principal nulidade em relação à fundamentação da aplicação da pena foi diagnosticada a partir da sobreposição de circunstâncias, fato caracterizador de bis in idem (dupla valoração). A violação ao princípio da proibição da dupla valoração (ne bis in idem) pode ser constatada em três planos. Primeiro, em nível horizontal, entre as categorias de dosimetria, quando ocorre a duplicação de efeitos entre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ou seja, quando uma circunstância atua como conteúdo de outra e sustenta novo juízo de reprovação. Segundo, em nível vertical, quando há aplicação cumulada de circunstâncias judiciais, circunstâncias legais agravantes ou majorantes e causas especiais de aumento e de diminuição (majorantes e minorantes). Terceiro, igualmente no plano vertical, quando ocorre a sobrevalorização de circunstâncias elementares do tipo penal imputado em qualquer das fases de quantificação da pena. Os casos mais comuns de bis in idem ocorrem na primeira fase (pena-base), seja pela sobrevalorização de elementares do tipo (plano vertical) ou pela duplicação de conteúdo entre as circunstâncias judiciais (plano horizontal). (CARVALHO, 2010, p. 171-172)

Em que pese o elevado nível de preparação dos magistrados brasileiros, não raro, é possível encontrar decisões que apresentem falhas no tocante a aplicação do direito, o certo é que muitas vezes as decisões acabam por provocar inegáveis prejuízos à liberdade de locomoção do indivíduo, razão pela qual a defesa constantemente tem buscado a reparação destes danos recorrendo ao Superior Tribunal de Justiça.

Segundo estudo desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas (2014, p. 60-61), entre os anos de 2008 a 2012, a taxa média de concessão integral ou parcial de Habeas Corpus (HC) ou Recurso Ordinário Constitucional (RHC) no STJ foi de 27,86%, isso mesmo, quase um terço das sentenças foram reformadas, o que demonstra uma elevada taxa de reversão das decisões. Neste sentido o estudo conclui que:

A elevada taxa de sucesso das impetrações no STJ deve ser interpretada como uma alta taxa de reversão das decisões dos tribunais de 2ª instância. Considerando que os temas tratados nos HC's e RHC's perante os Tribunais Superiores não são novidades – já tendo sido objeto de diversas decisões – a inferência que se pode fazer é no sentido de uma divergência entre as decisões dos tribunais de 2ª instância e as do STF e STJ. Esse fenômeno é bem claro no STJ, responsável pela alta taxa de reversão das decisões inferiores, o que permite inferir que o STF é protegido de uma avalanche de impetrações graças à atuação do STJ. (FGV, 2014, p. 60)

O estudo aponta ainda que quando se associam determinados crimes com determinados temas, a taxa de reversão das decisões, sejam elas parciais ou integrais, sobe consideravelmente em relação à taxa média. "O caso da combinação "roubo" + "erro na fixação do regime inicial de cumprimento da pena" obteve uma

taxa média de sucesso da ordem de 62% dos casos"². A pesquisa ainda pondera que o elevado índice de concessão de HC's e RHC's poderia ser menor caso os tribunais de 2ª instância seguissem os parâmetros fixados pelos tribunais superiores em matéria penal.

Há de se ressaltar a taxa média de concessão de Recursos Especiais (REsp) apresenta variações nos últimos anos, segundo relatório estatístico elaborado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2008 41,31% dos REsp's foram providos, ao passo que em 2015 esse índice caiu para 29,30%, porém, ainda assim a taxa de reversão das decisões pode ser considerada elevada.

Em que pese o elevado número de HC's e RHC's concedidos pelo Superior Tribunal de Justiça, a reforma das decisões não ocorrem na mesma proporção quando as demandas chegam até o Supremo Tribunal Federal. Segundo aponta estudo da Fundação Getúlio Vargas (2014, p. 59), entre 2008 a 2012, apenas 8,27% dos HC's e RHC's foram, total ou parcialmente, concedidos pelo STF.

No tocante à análise das decisões proferidas em sede de Recurso Extraordinário, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao proferir seu voto referente ao *Habeas Corpus* 126.292, aponta que, segundo dados oficiais do Supremo Tribunal Federal, entre janeiro de 2009 a abril de 2016, "o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%". (STF, 2016, on line)

Embora no âmbito do STF a reforma das decisões ocorram em menor proporção do que no STJ, em geral, conforme pode-se observar através dos dados estatísticos acima, reputa-se salutar ao acusado a impetração dos recursos processuais, tendo em vista que, por inúmeras vezes, consegue-se através deles a concessão de decisões mais favoráveis ao réu, tais como, absolvição, redução de pena, alteração do regime inicial de cumprimento de pena, conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, etc. Pode-se afirmar que promover a execução antecipada da pena, sem que no mínimo o STJ tenham se manifestado acerca da concessão ou não do recurso especial pode causar dano de

² Em se tratando de julgamentos realizados pelo STF e STJ no período compreendido entre 2008 a 2012.

irremediável reparação, razão pela qual o início da execução da pena deve aguardar o julgamento do recurso nas instâncias superiores.

PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Há de se destacar que a recente mudança de entendimento não é de todo pacífica dentro do próprio STF, e que os tribunais de todo o país não estão obrigados a seguirem a decisão proferida no bojo do Habeas Corpus 126.292/SP.

Conforme já explicitado anteriormente neste trabalho, a decisão é desvestida de eficácia vinculante, tendo produzido apenas efeito *inter partes*. Como prova disso, em 01 de julho de 2016, o Ministro Celso de Mello, ao julgar o HC 135.100/MG, reafirmou a impossibilidade da execução antecipada da pena, conforme se depreende a seguir:

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. CONDENAÇÃO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV).[...]. DECRETAÇÃO, “ex officio”, DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA (“CARCER AD POENAM”). INADMISSIBILIDADE. AFIRMAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE A CONDENAÇÃO CRIMINAL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, NÃO OBSTANTE AINDA RECORRÍVEL, AFASTA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E FAZ PREVALECER A PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE DO RÉU (VOTO DO DESEMBARGADOR REVISOR). INVERSÃO INACEITÁVEL QUE OFENDE E SUBVERTE A FÓRMULA DA LIBERDADE, QUE CONSAGRA, COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE QUALQUER PESSOA, A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA. PRERROGATIVA ESSENCIAL QUE SOMENTE SE DESCARACTERIZA COM O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 5º, INCISO LVII). CONSEQUENTE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ENTENDIMENTO QUE IGUALMENTE DESRESPEITA A PRÓPRIA LEI DE EXECUÇÃO PENAL, QUE IMPÕE, PARA EFEITO DE APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E/OU RESTRITIVAS DE DIREITOS, O PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DO TÍTULO JUDICIAL CONDENATÓRIO (LEP, ARTS. 105 E 147). INAPLICABILIDADE, AO CASO, DO JULGAMENTO PLENÁRIO DO HC 126.292/SP: DECISÃO MAJORITÁRIA (7 VOTOS A 4) PROFERIDA EM PROCESSO DE PERFIL MERAMENTE SUBJETIVO, DESVESTIDA DE EFICÁCIA VINCULANTE (CF, ART. 102, § 2º, E ART. 103-A, “CAPUT”). PRECEDENTE QUE ATUA COMO REFERÊNCIA PARADIGMÁTICA, E NÃO COMO PAUTA VINCULANTE DE JULGAMENTOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. (STF - HC 135100 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 01/07/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-140 DIVULG 04/07/2016 PUBLIC 01/08/2016).

Idêntico entendimento foi adotado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em 27 de julho de 2016, ao apreciar o HC 135.752/PB, na ocasião deferiu medida liminar para suspender integral e cautelarmente a execução das penas impostas ao ora

paciente, condenado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região por desvio de dinheiro público. Segundo o Ministro Lewandowski, quando o supremo definiu que a pena poderia ser executada após condenação em 2º grau, apenas "sinalizou mudança de paradigma". Ressaltou que na ocasião do HC 126.292 foi voto vencido ao considerar a impossibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado. Na contramão da execução antecipada da pena pontuou o Ministro:

A jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que **ofende o princípio da presunção de inocência** (art. 5º, LVII, da CF) **a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória**, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. (STF, 2016, online) (grifo nosso)

Portanto, em que pese o HC 126.292/SP ter defendido a execução antecipada da pena, nota-se que a matéria está longe de alcançar uma solução, a prova disso é que continuam surgindo dentro do próprio STF decisões conflitantes com o posicionamento firmado pela corte no caso em tela. Corroborando neste sentido o fato de a decisão ter sido concedida em sede de controle difuso de constitucionalidade, produzindo apenas efeito *inter partes*, isto é, juízes de instâncias inferiores não estão vinculados a este posicionamento, a eficácia vinculante deste entendimento somente será conhecida quando enfrentado o mérito através do controle concentrado de constitucionalidade.

Inaplicabilidade do efeito suspensivo ao processo penal

Pode-se afirmar que a suposta ausência do efeito suspensivo aos recursos extraordinários foi um dos principais argumentos trazidos pelo Pretório Excelso, na tentativa de fundamentar sua decisão e estabelecer o entendimento da execução antecipada da pena.

Para Lopes e Badaró (2016, p. 28), esta hermenêutica está equivocada e tem sua origem na Teoria Geral do Processo, enfatizam que esta premissa se baseia no revogado §2º do art. 27 da Lei 8038/1990, o qual dispunha que os recursos extraordinário e suspensivo seriam recebidos somente no efeito devolutivo, assim como no *caput* do art. 995 do Código de Processo Civil/2015, cuja nova redação determina que os recursos retromencionados não impedem a eficácia da decisão.

Todavia, para o renomado jurista este dispositivo não se aplica ao processo penal devido à sua natureza peculiar. Neste sentido acrescenta:

Há que se compreender que o problema (de se prender antes do trânsito em julgado e sem caráter cautelar) não se reduz ao mero problema de "efeito recursal". É da liberdade de alguém que se está tratando e, portanto, da esfera de compressão dos direitos e liberdades individuais, tutelados – entre outros princípios – pela presunção de inocência. (LOPES; BADARÓ, 2016, p. 28)

A problemática em questão evidencia a singularidade do processo penal, ramo do direito encarregado de possibilitar a aplicação do direito penal, aplicação esta que não deve se efetivar de modo temerário, leviano ou inconsequente, mas sobretudo deve respeitar as garantias processuais que se firmaram após séculos de arbitrariedades praticadas pelo Estado-juiz, então soberano em seu *Jus Puniendi*, conquistas estas fruto de profundas lutas e batalhas ao longo da história.

Diferentemente do processo civil, que dentre outros objetivos, se preocupa em grande parte com o direito de propriedade, direito obrigacional, direito contratual, entre outros, o processo penal tutela precipuamente o *status libertatis* do indivíduo. Assim como disse Carnelutti, enquanto este tutela o direito de "ser", aquele tutela o direito de "ter", por esta razão fica evidente a particular característica do processo penal.

Nesta mesma linha de raciocínio o Ministro Marco Aurélio (STF, 2016, online), ao pronunciar seu voto enfatizou que "a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título".

De modo semelhante Grinover, citada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto referente ao HC 126.292/SP, pontua:

Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar). (Grinover; Gomes Filho; Fernandes, *apud*. STF, 2016, online)

Nesta esteira verifica-se que o efeito suspensivo do art. 995 e 1.029, §5º do novo Código de Processo Civil devem ser interpretados à luz da Constituição

Cidadã, isto é, as regras da lei ordinária devem se coadunar com as diretrizes traçadas no texto constitucional, é necessário um esforço hermenêutico conforme a Lei Maior. Desta forma deve a presunção de não culpabilidade prevalecer sobre eventual antecipação de pena, excetuadas as situações que ensejam medidas cautelares.

A liberdade é mesmo algo muito precioso, por conseguinte questiona-se, o acusado que por um infortúnio vier a ter seu *status libertatis* cerceado em decorrência de título condenatório provisório, porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso, caso venha posteriormente ser absolvido, será possível devolver ao condenado todo o tempo perdido atrás das grades? A resposta é simples, e negativa. Ademais, em sendo o cerceamento da liberdade indevido, seria o Estado capaz de indenizar adequadamente as vítimas do cárcere? Os malefícios provocados seriam compensados a contento mediante uma simples reparação pecuniária? Logicamente o tempo perdido não voltará, razão pela qual a execução antecipada da pena merece ser afastada, e o efeito suspensivo dos recursos extraordinários repensado.

Oportuno transcrever o entendimento trazido pelo então Ministro Eros Grau, ao julgar, em 05 de fevereiro de 2009, o HC 84078/MG, oportunidade em que posicionou-se pela inconstitucionalidade da famigerada execução antecipada da pena:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1.(...) A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. (...) **3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal.** (...) 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º,

III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05). (grifo nosso)

Na mesma direção caminha o Habeas Corpus 96.059, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2009, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello:

A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. (...) A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. RECURSOS EXCEPCIONAIS (RE E RESP) - AUSÊNCIA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA - CIRCUNSTÂNCIA QUE, SÓ POR SI, NÃO OBSTA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. - **A denegação, ao sentenciado, do direito de recorrer em liberdade depende, para legitimar-se, da ocorrência concreta de qualquer das hipóteses referidas no art. 312 do CPP, a significar, portanto, que, inexistindo fundamento autorizador da privação meramente processual da liberdade do réu, esse ato de constrição reputar-se-á ilegal**, porque destituído, em referido contexto, da necessária cautelaridade. (...) **A prisão processual, de ordem meramente cautelar, ainda que fundada em decisão condenatória recorrível (cuja prolação não descaracteriza a presunção constitucional de não-culpabilidade), tem, como pressuposto legitimador, a existência de situação de real necessidade.**" (STF - HC 96059, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-03 PP-00628 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 426-441). (grifo nosso)

Evidencia-se, portanto, o posicionamento de que a reclusão do acusado ao cárcere antes do trânsito em julgado deve ser medida excepcional, vez que a condenação penal em segundo grau ainda não atingiu seu ápice, o que conforme demonstra-se, somente é atingido em sua plenitude quando esta transmuda-se de seu caráter mutável para então revestir-se do manto da imutabilidade. Não obstante, a prisão antes do trânsito em julgado é possível quando legitimada através de situação de real necessidade, o simples fato de pesar contra o réu sentença penal condenatória recorrível não é por si só capaz de justificar sua prisão, devem se fazer

presentes situações concretas aptas a ensejar a reclusão ao cárcere, quais sejam, as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal.

Há de se considerar que a legislação vigente impõe regras de tratamento ao réu, por conta disso, não pode ser dispensado a este o mesmo tratamento conferido àqueles sob os quais pesam sob si uma sentença condenatória imutável, em homenagem à presunção de inocência seria no mínimo incoerente manter na mesma prisão um condenado definitivo e um condenado provisório, sob pena de violação da regra de tratamento que os distinguem.

Da Revogação Tácita do art. 637 Código de Processo Penal

Convém ressaltar o entendimento de parte da doutrina com relação ao efeito suspensivo trazido pelo Código de Processo Penal, sabe-se que, em regra, os recursos extraordinários não possuem efeito suspensivo, todavia, analisando afundo alguns dispositivos da legislação infraconstitucional através de uma interpretação sistemática chega-se a uma a uma conclusão diversa da trazida no HC 126.292/SP.

Para uma melhor análise convém verificar o enunciado do art. 637 do CPP, "o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoado pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença", isto é, a interposição de recurso extraordinário não obsta a execução da pena. Todavia, a despeito do art. 637 do CPP autorizar a execução provisória da pena, este dispositivo é incompatível com o art. 283 do mesmo diploma, que por sinal foi recentemente reformado.

Este entendimento é sustentado por Renato Brasileiro em publicação destinada a discorrer sobre atualização jurisprudencial referente ao primeiro semestre de 2016. O autor destaca o seguinte:

(...) apesar de o art. 637 do CPP autorizar a execução provisória de acórdão condenatório pelo fato de os recursos extraordinários não serem dotados de efeito suspensivo, este dispositivo foi tacitamente revogado pela Lei n. 12.403/11, que conferiu nova redação ao art. 283 do CPP ("Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, *em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado* [sic] ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva"). (LIMA, 2016, p.14)

Percebe-se através de simples intelecção que os dispositivos apresentam interesses antagônicos entre si, de acordo com o art. 283 do Código de Processo

Penal a execução da pena está condicionada ao trânsito em julgado, todavia, de forma contrária o art. 637 a autoriza ao deixar de conferir efeito suspensivo aos recursos extraordinários. Ao que parece estamos diante de uma bússola que aponta para sentidos opostos, razão pela qual não podem coexistir de forma harmoniosa. Por conta disso Lima argumenta que o art. 637 do CPP teria sido tacitamente revogado pelo art. 283 do mesmo diploma, considerando que sua nova redação tratou a mesma matéria de forma divergente, nos termos do art. 2º, §1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³. Logo, verifica-se que a nova redação do art. 283 do CPP se sobrepõe temporal e materialmente ao disposto no art. 637 do mesmo diploma legal, e merece ser respeitada em detrimento do dispositivo mais prejudicial ao réu.

CONCLUSÃO

A evolução do ordenamento jurídico se confunde com a evolução do homem enquanto agente social que há muito vem lutando pela afirmação de seus direitos e garantias individuais, em especial, o direito ao devido processo legal corolário indispensável de todo o processo de reconhecimento da presunção de inocência. Ocorre que nem sempre foi assim, inicialmente o homem vivia naturalmente e não se sujeitava ao império das leis e regras, todavia, com a progressiva expansão da civilização humana as relações sociais foram se tornando mais complexas, razão pela qual surge então a figura do Estado que passa a atuar como agente regulador de toda sociedade.

Verificou-se brevemente ao longo deste trabalho a evolução dos direitos e garantias individuais reconhecidos a duras penas não só em diversos tratados de direito internacional, mas, sobretudo em inúmeras constituições mundo afora. Partindo dos ideais iluministas que conferiram a devida importância ao devido processo legal, valorizando não só o direito a ser julgado de uma forma justa e imparcial, mas também garantindo o direito à ampla defesa e ao contraditório consolidados através da figura do advogado.

Como decorrência natural deste processo destaca-se o engrandecimento da presunção de inocência em detrimento da presunção de culpabilidade, onde

³ Art. 2º, § 1.º da LINDB dispõe que "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

inverteu-se o ônus da prova, a partir de quando coube à acusação o ônus de provar a autoria do delito, concretizando assim o direito à liberdade como consequência lógica da presunção de não culpabilidade.

Em seguida foram suscitados relevantes aspectos doutrinários relacionados à presunção de inocência, assim como a discussão terminológica sobre as expressões "presunção de inocência" e "de não culpabilidade", o que conforme restou demonstrado se equivalem, o princípio como norma de tratamento que se impõe ao Estado, a natureza supra legal conferida ao eminente princípio o equiparando a norma constitucional, e ainda a discussão sobre seu alcance, que não se esgota após a análise de decisão de segundo grau, somente sendo obstado pelo trânsito em julgado.

Constata-se que o processo penal é por sua vez meio hábil a punir os delinquentes, revelando-se como importante instrumento destinado a permitir a efetividade da justiça, entretanto, não se vislumbra justiça quando o processo é conduzido ao arrepio da lei, razão pela qual pode ser considerado como um contraponto entre o alvedrio do Estado e os direitos e garantias individuais consagrados na Carta Magna, desta forma destina-se a tutelar não somente o poder-dever estatal de punir, mas, sobretudo visa garantir que os preceitos constitucionais sejam obedecidos durante o processo.

No tocante à relativização do princípio da presunção de inocência, entendimento que passou a ser adotado pelo STF, revela-se estranha a ideia de antecipação de pena, posição esta incompatível com o que se extrai do art. 5º, incisos LVII e LXI da Carta Magna "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", por todo o exposto verifica-se que não há margem exegética para aplicar a mudança de entendimento, a interpretação não deve ir além do que diz a Constituição, sob pena de reescrever a norma.

Ademais, a mudança de paradigma se mostra incompatível com inúmeros argumentos suscitados ao longo deste trabalho. Cumpre observar que além da violação ao dispositivo constitucional o novo posicionamento viola também outros dispositivos reconhecidos através de lei infraconstitucional.

A Suprema Corte parece ter ignorado o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, modificado pela Lei 12.403/2011 para então se adequar ao texto constitucional, reforça esta tese o fato de que este dispositivo constitui a imagem espelhada no art.5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o que ficou cristalinamente

demonstrado através de um comparativo entre ambos, desvelando equivocada omissão por parte do Pretório Excelso.

Outrossim, a respeitável decisão mostra-se inconciliável com a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), que de forma inafastável através dos artigos 105 e 147, condicionam o início da execução da pena ao necessário pressuposto do trânsito em julgado. Assim, destaca-se a ideia suscitada pelo Ministro Celso de Mello de que nesse país fundado em bases democráticas, nem mesmo a pena de multa pode ser aplicada sem o indispensável título condenatório irrecorrível.

Do mesmo modo, converge para a afirmação do entendimento defendido o fato da elevada taxa de reversão das decisões no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, restou demonstrado com riqueza de detalhes que hodiernamente aproximadamente um terço das decisões que chegam ao STJ por meio de Habeas Corpus, Recurso Ordinário Constitucional ou Recurso Especial são reformadas, o que resultará em irreparáveis danos à liberdade dos réus condenados em segunda instância caso prospere o novo entendimento firmado pelo STF.

Ademais, outro ponto sustentado por parte de renomados juristas, que por sinal se mostra muito pertinente, diz respeito à inaplicabilidade do efeito suspensivo insculpido nos artigos 995 e 1.029, §5º, ambos do novo Código de Processo Civil, constata-se que estes dispositivos não devem prevalecer sobre o texto constitucional, deve-se interpretá-los à luz das garantias constitucionais, afinal, estamos tratando da liberdade das pessoas e por conta disso deve prevalecer o primado da presunção de inocência. Quanto ao efeito suspensivo disposto no art. 637 do Código de Processo Penal, destaca-se o entendimento do doutrinador Renato Brasileiro de que teria sido revogado tacitamente através da nova redação do art. 283 do mesmo diploma.

Destaca-se ainda o fato de o novo entendimento ter sido firmado através do controle difuso de constitucionalidade, o que como se sabe produz somente efeito *inter partes*, fato este que permite aos tribunais de todo país continuar seguindo o entendimento anteriormente firmado, isto é, de que a execução da pena somente pode ocorrer após o trânsito em julgado.

Entretanto, não se pode olvidar que atualmente vivencia-se um cenário de profunda inquietação na sociedade, sentimento este movido em sua essência pela impunidade gerada em decorrência de desgastantes e intermináveis processos. Sabe-se que esta situação é extremamente perniciosa para a busca da justiça e

infelizmente é muito comum que um processo leve anos para ser resolvido. Em decorrência disso cria-se na sociedade um sentimento de profunda revolta e insatisfação, e essa inquietação traduz-se na ânsia de punir o quanto antes, o que de certa forma é até compreensível, todavia, a justiça não se produz aos solavancos, deve-se buscar um equilíbrio entre a efetividade da jurisdição e as garantias processuais.

O certo é que a sufocante morosidade torna-se sinônimo de injustiça; noutra plano, não é julgando através do clamor público que se atingirá o perfeito equilíbrio. Desse modo, a execução antecipada da pena mostra-se como o remédio errado, para o problema certo. A Constituição é explícita, por conta disso demonstra-se salutar a preservação dos ditames constitucionais, razão pela qual a morosidade da justiça talvez mereça ser resolvida através do processo legislativo. Com efeito, a execução antecipada da pena pode corresponder à conveniência da sociedade, mas não atende aos interesses da Carta Magna.

Para finalizar, oportuno transcrever a assertiva de Evandro Lins, citado pelo Ministro Eros Grau no bojo do HC 84078/MG “na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”.

REFERÊNCIAS

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**: em busca da racionalidade no Sistema Processual Penal Brasileiro. Brasília: TJDF, 2015.

BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência**: Apreciação Dogmática e nos instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. J. R. Malta, São Paulo: WVC, 2002.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 set. 2016.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689>.

htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. **Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf> Acesso em: 22 set.2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 10. set. 2016.

_____. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Aprova o Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos, concluído pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, n. 128, p. 8714 , 7 jul. 1992. Seção 1.

_____. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 23 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Relatório Estatístico**. Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica - Coordenadoria de Gestão da Informação. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=125>>. Acesso em: 22 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Relatório Estatístico**. Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica - Coordenadoria de Gestão da Informação. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=263>>. Acesso em: 22 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 96059**. Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Data de Julgamento: 10/02/2009. Dta de Publicação: DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-03 PP-00628 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 426-441. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+96059%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/juqrsl4>> Acesso em: 14 out. 2016.

_____. Supremo tribunal Federal. **Habeas Corpus 101909/MG**. Segunda Turma. Relator: Min. Ayres Brito. Data de Julgamento: 28 fev. 2012. Data de Publicação: DJe 19 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193156>> Acesso em: 14. set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126292/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki. Data de Julgamento: 17 fev. 2015. Data de Publicação: DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 13 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 135752/PB**. Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 02 ago. 2016. Data de Publicação: DJe-164 05 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc135752.pdf>> Acesso em: 13 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84078/MG**, Relator: Min. Eros Grau. Data de Julgamento: 05 fev. 2009. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078.NUME.+OU+84078.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus 135100/MG**. Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 01 jul. 2016. Data de Publicação: DJe-140 DIVULG 04/07/2016 PUBLIC 01 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc135100.pdf>> Acesso em: 13 out. 2016.

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm> Acesso em: 22 set. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 44**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986729>> Acesso em: 10 set. 2016

FGV DIREITO RIO. **Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores”**. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/relatorio_final_pesquisa_hc_ipea-mj_-_junho_-_2014_-_para_publicacao.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016.

GRINOVER, A. P.; GOMES FILHO, A. M.; FERNANDES, A. S. **As Nulidades no Processo Penal**, 11 ed. São Paulo: RT, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. **Processo Penal: Material Suplementar Atualização 1º Semestre de 2016**. Disponível em: <http://juspodium.net/atualizacoes/caderno_cpp_comentado_1sem_renato.pdf> Acesso em: 22 set. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury.; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Disponível em <<http://usp-br.academia.edu/GustavoBadar%C3%B3>>. Acesso em 22 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_eletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986065> Acesso em: 22 set. 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teoriprender-transito-julgado>>. Acesso em: 05. set. 2016. a.

_____. **Presunção da Inocência: Fachin interpreta Constituição conforme CPC**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 05 set. 2016. b.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: CRITERIOS CON BASE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Manuel Arnaldo Castillo Calle¹

“(…) No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o alguno de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del Control de Convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional”²

CONCEPTO Y OBJETO

El control de convencionalidad es una técnica de control normativo que consiste en el ejercicio de contraste entre la CADH y los dispositivos legales de origen nacional, se incluyen las interpretaciones que le da a la norma nacional del juez.³

En concreto, la CADH funciona como parámetro controlador -de uso directo o indirecto-, fija los límites y la conformidad de la norma nacional (objeto controlado) con los estándares internacionales. Se trata de una obligación impuesta a los jueces nacionales en general a la que se le denomina *obligación ex officio*, y también una función que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH en particular.

¹ Abogado. Profesor. Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos - U.M.S.M (Perú). Estudios de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (España). Profesor visitante de la Facultad de Derecho en la Universidad de Buenos Aires UBA (Argentina) y el IDCC - Instituto de Derecho Constitucional & Ciudadanía (Brasil). Consultor en temas de derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y justicia transicional (manuel.castillo@msn.com).

² Extracto del voto razonado del juez Sergio García Ramírez -quien uso por primera vez la expresión *control de convencionalidad* al interior de la Corte IDH-, recaído en el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, reparaciones, costos. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101, Párr. 27.

³ Las interpretaciones de un dispositivo legal que realiza un juez también son norma. Debe tenerse en cuenta que se parte de la distinción entre disposición y norma. La disposición, según Guastini, es cualquier enunciado que forma parte de una fuente del derecho, mientras que el concepto de norma se refiere al sentido o significado de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones. GUASTINI, Ricardo. 1999. Estudios sobre Interpretación Jurídica. México D. F.: UNAM, p. 11. Igualmente, Díaz Revorio señala que la norma es el producto de la labor interpretativa que se hace del precepto, que el significado del precepto legal es el resultado de su interpretación. DÍAZ REVORIO, Javier. 2003. La Interpretación Constitucional de la Ley. Lima: Palestra, p. 48.

No obstante ello, la CADH no es la única norma dentro del SIDH que sirve como parámetro controlador, como lo veremos más adelante, existe un canon de convencionalidad conformado por diversos instrumentos pertenecientes al ámbito regional.

Ahora bien, hay un sector de la doctrina que considera que el control de convencionalidad es una nueva competencia de la Corte IDH en función de una interpretación evolutiva de la CADH⁴; y finalmente hay quienes consideran que el control de convencionalidad que realiza la Corte IDH es una función inherente que se deriva de la propia CADH y de la garantía colectiva que sustenta el SIDH.

Lo cierto es que a nivel contencioso, la Corte IDH ha emitido diversas sentencias en las que ha realizado un ejercicio de control de convencionalidad mucho antes de la primera mención expresa a la figura en análisis.

Al respecto, se puede mencionar algunas de ellas: Suárez Rosero vs. Ecuador; Trujillo Oroza vs. Bolivia; Barrios Altos vs. Perú; Palamara Iribarne vs. Chile; Castillo Petruzzi vs. Perú; Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.

Ahora bien, la mención al término “control de convencionalidad” se realizó por primera vez en el caso Almonacid Arellano. Asimismo, este concepto también se ha desarrollado en los casos Vargas Areco, La Cantuta, Boyce y Helidoro Portugal de los años 2006, 2007 y 2008 respectivamente. En ellos se hizo referencia a la obligación del juez nacional de realizar el control de convencionalidad junto al control normativo basado en normas de derecho interno.

Las referencias a esta obligación también se han planteado de manera expresa por los propios tribunales nacionales. El caso mexicano es un claro ejemplo de ello, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México dispuso que todo juez en el ámbito jurisdiccional de México debe realizar control de convencionalidad respecto de las normas de derecho interno.⁵

⁴ Rey Cantor ha señalado que la figura de control de convencionalidad es una nueva competencia de la Corte, que se deriva del principio “kompetenz - kompetenz”, entre otros argumentos. REY CANTOR, Ernesto. 2008. Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos. México D. F.: Porrúa, p. 42.

⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Resolución dictada por el Tribunal Pleno recaída en el expediente N° 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, 4 de octubre de 2011, considerandos 4, 5 y 6.

En concreto la Suprema Corte de Justicia de este país indicó que el control de convencionalidad se identifica con el control de constitucionalidad, y es una *obligación ex officio* para el sistema de justicia de dicho país.

En ese sentido, se refirió a los canales a través de los cuales se lleva a cabo el examen y las consecuencias del mismo; en concreto planteó que el juez mexicano puede declarar la invalidez, o inaplicar la norma inconvencional, teniendo los mismos efectos del control de constitucionalidad.

En el mismo sentido, la Suprema Corte de México indicó que el juez mexicano tiene en sus manos el deber de interpretar las leyes conforme a los tratados de derechos humanos, es decir, este no necesariamente va a inaplicar o declarar una norma como inválida si es que tiene la posibilidad de brindar una interpretación jurídicamente válida.⁶

De acuerdo con su razonamiento, si es que se parte del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, se debe promover una interpretación que permita mantener la norma en el ordenamiento y sea conforme al canon de convencionalidad.

De este modo, en México se ha hecho explícito que cualquier norma, que como resultado de un examen o contraste realizado a la luz tratados internacionales ratificados por dicho país, resulte contraria a los derechos humanos, debe reinterpretarse, inaplicarse e incluso invalidarse.

Por otro lado, los esbozos sobre la conceptualización del control de convencionalidad por la Corte IDH han sido ya abordados por el Juez García Ramírez en diversos votos emitidos desde el año 2003.

En los asuntos Myrna Mack Chang, Tibi y López Álvarez, el magistrado en mención incorporó el término control de convencionalidad para referirse a la labor que efectúa la Corte IDH cuando contrasta normas de derecho interno a la luz de la CADH y determina la incompatibilidad de las mismas sobre la base de la globalidad de la responsabilidad del Estado.⁷

Por otro lado, en algunas ocasiones la Corte IDH ha emitido opiniones consultivas en las que contrasta el parámetro interamericano con normas de derecho

⁶ Ídem, considerando 33.

⁷ Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto del Juez García Ramírez; Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Voto del Juez García Ramírez.

interno (incluidas las constitucionales). En ese sentido, a través de esta figura también se realiza el ejercicio de control de convencionalidad.

Ahora bien, el hecho que las dos jurisdicciones asuman la obligación de contraste entre la CADH y las normas nacionales refleja que existe una labor que en cierto modo ambas comparten, ello se deriva de la existencia de los llamados puentes de diálogo, a los que la doctrina hace referencia.⁸

En efecto, más que una descripción de lo que significa el control de convencionalidad como deber impuesto a ambas jurisdicciones, este documento trata de hacer expresa la coordinación entre ellas, teniendo al principio de subsidiariedad como fundamento de la relación entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción internacional.

Ambas califican como jurisdicción de la convencionalidad, siendo el juez nacional quien debe ejercer esta labor (en primer lugar) y el juez de la Corte IDH el que interviene si en el derecho interno el individuo no recibió tutela efectiva, en ese sentido se descarta que la Corte IDH haya asumido el rol de un tribunal de alzada.

Asimismo, el estudio del control de convencionalidad también revela que la labor que llevan a cabo el juez nacional y el juez interamericano es complementaria - no en términos procesales, lo que no involucra entrar en contradicción con el término subsidiario-. El uso de este término da cuenta de que el derecho interno y el derecho internacional brindan una protección reforzada a los derechos individuales, se influyen y retroalimentan.

La jurisdicción internacional no reemplaza a la jurisdicción nacional, en ese sentido la complementariedad aludida no se contradice con la subsidiariedad, sino que da cuenta de la interacción entre los sistemas nacionales y el SIDH. Sobre el punto, del Toro Huerta ha señalado que la complementariedad es un elemento presente en la definición del modelo de Estado Cooperativo.⁹

La protección internacional se configura como una protección complementaria que no sustituye a la nacional sino que ambas se presentan como parte de una

⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 363.

⁹ DEL TORO HUERTA, Mauricio. "La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial". Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva época, México D. F., N° 112, enero 2005. Consulta: 02-02-2012. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/112/art/art9.htm>.

compleja maquinaria de garantía de derechos en una sociedad abierta y global. Estas dos dimensiones (nacional e internacional) de la protección de los derechos humanos determinan los nuevos entendimientos entre el derecho constitucional e internacional que requieren necesariamente de una "*rehabilitación*" del Estado en el escenario mundial, así como del fortalecimiento de las instancias supranacionales.

La mención a estos principios involucra un análisis que permita determinar si la labor que realiza la Corte IDH es análoga o guarda similitudes con la del juez constitucional, cuestión que se discute en el capítulo 2 y si existe una conexión entre el control de convencionalidad que realiza juez constitucional y el control de constitucionalidad.

En este capítulo se coloca el acento en el sustento teórico y jurídico del control de convencionalidad en sí mismo, así como en la fuente de la que se deriva la obligación de realizar dicho examen. Asimismo, se desarrollan aspectos generales o características de la figura como el del parámetro controlador o el de las formas en que el control de convencionalidad se lleva a cabo.

Antecedentes

Los órganos jurisdiccionales locales y los Tribunales Constitucionales que en determinados países no dependen del Poder Jurisdiccional, ejercitan el llamado *control de constitucionalidad* que importa una comparación, entre su *Magna Lex* y las normas que por su rango están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera. Podemos hablar entonces de un contralor *concentrado*, típico de algunas Constituciones Europeas, a partir de la Austríaca de 1946, donde la revisión es hecha exclusivamente por un único cuerpo diseñado para tales fines; o en su caso -como es por demás sabido-, del control *difuso* que debe ser llevado a cabo, como en Estados Unidos y en Argentina, por todos y cada uno de los magistrados judiciales.

Pero como lo vienen sosteniendo desde hace no mucho tiempo algunos de los Magistrados de la Corte Interamericana, dicho cuerpo ejercita lo que ha dado en llamar a partir del caso Myrna Mack Chang el "*Control de Convencionalidad*", lo que obviamente significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones a las que nuestro país se ha plegado, como luego veremos, y las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo.

En tal sentido se expresó la Corte en el caso Trabajadores Cesados¹⁰ al sostener que *"...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana..."*.¹¹

Cuando se utiliza la terminología de *"control de convencionalidad"*, no se quiere decir que recién a partir del citado asunto la Corte IDH haya ejercido tal potestad, porque desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde ese momento se utiliza tal terminología.

Dicho órgano interamericano ha dejado en claro siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones locales sino que su tarea es *la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia*.

Por ello ha establecido -sin entrometerse en las jurisdicciones locales- que una sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos *"...tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante este tribunal [agregó], eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada"*.¹² En ese mismo sentido ha añadido -repetimos- que sólo

¹⁰ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie CN° 158, párr. 128. Ídem Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 124.

¹¹ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso, cit, párr. 128; cfr. Caso Almonacid Arellano, cit, párr. 124. Véase Loiano, Adelina, El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina, "Arancibia Clavel", "Simón", "Mazzeo", en Albanese, Susana, Coordinadora, El control de convencionalidad, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 114 a 117. Véase también Sagüés, Néstor, El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales, La Ley, 2009-B, p. 761.

¹² Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C No. 144, párr.167, entre muchos otros.

circunstancias *excepcionales* pueden conducir a que el cuerpo supranacional "...deba ocuparse de examinarlos respectivos procesos internos"¹³

Esa doctrina que *indirectamente* tolera la fiscalización de la actividad jurisdiccional doméstica ha sido recibida por la Corte Suprema de la Nación Argentina con cierta cautela y con algunas idas y vueltas,¹⁴ aunque en los últimos tiempos fue acatada *in totum*, con algunas disidencias.

Hemos querido adelantar a modo propedéutico que ese Tribunal internacional ha sentado la postura en el sentido de que por regla, él no se ocupa de modificar en forma directa el derecho interno, ya que su misión consiste en '*controlar*' si las normas locales acatan -o no- las convenciones internacionales; y por ende *no se convierte en una 'cuarta instancia' que deja sin efecto las leyes de los países*¹⁵.

Surge de lo antedicho que la misión primigenia de la Corte IDH está en llevar a cabo una inspección de convencionalidad '*comparando*' la norma del derecho interno¹⁶ en relación a la convención y desentrañar si aquélla violenta a ésta. Conjugando las ideas hasta ahora expuestas podemos decir-con algunas aclaraciones que luego haremos-que del postulado liminar antedicho surge que la Corte regional no se ocupa -por principio- de la legislación doméstica, sólo escruta si la misma transgrede la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y otros tratados), y si advierte esa falencia, así se lo hace saber al país infractor para que modifique los actos ejecutados por cualquiera de sus tres poderes. Ello a fin de

¹³ Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie CN° 13, párr. 198; Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 121, etc.

¹⁴ Hitters, Juan Carlos, Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos, La Ley, Buenos Aires, 2003-D, p. 1373.

¹⁵ Hitters, Juan Carlos, ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?, La Ley 2008-E, p. 1169.

¹⁶ Para esclarecer si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales, por las actuaciones de órganos Judiciales, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los procesos internos. (Corte IDH, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie CN° 135, párr. 121). En el Caso Acevedo Jaramillo (Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C No. 144, par. 167) la Corte señaló que "...eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa Juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la Convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa Juzgada, lo cual no ha ocurrido en el presente caso..." (Cfr. Caso Gutiérrez Soler. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 98; Caso Carpió Nicolle y otros. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 131; y Caso Genie Lacayo. Solicitud de Revisión de la Sentencia de 29 de enero de 1997. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Serie C No. 45, párrs. 10 a 12).

evitar que el mismo incurra en responsabilidad estatal (arts. 1.1 y 2 del Pacto aludido).

Conviene alertar sobre la importancia de tal tarea que lleva a cabo la Corte a través de este contralor heterónimo, que importa de alguna manera una especie de '*casación regional*' que sirve para unificar la interpretación jurídica de los países plegados al modelo, que abarca en el ámbito interamericano más de trescientos millones de habitantes.¹⁷

Lo cierto es que este '*control de convencionalidad*' no sólo se ejercita en el sistema regional correspondiente al área de los derechos humanos, sino también que dicha inspección se cumple desde antiguo en el derecho comunitario, sea por los jueces nacionales como por el propio Tribunal de Luxemburgo.¹⁸

En efecto, desde la famosa sentencia "*Costa vs. ENEL*" dictada por este cuerpo judicial internacional, en el año 1964, el mismo sostuvo que las leyes comunitarias, tanto primarias como secundarias, han sido consistentemente proclamadas por ese organismo como preeminentes tanto frente a las leyes internas anteriores, como a las posteriores (incluyendo las leyes constitucionales nacionales).¹⁹

Estos criterios han quedado firmes en la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y en sus respectivos Protocolos.

Evolución del control de convencionalidad

El "*control de convencionalidad*", como ya lo hemos señalado anteriormente se menciona primera vez, en el importante caso Myrna Mack Chang, en el año 2003, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.²⁰

El 7 de diciembre de 2004 en el caso Tibi,²¹ dicho magistrado volvió a poner la Pica en Flandes sobre esta problemática, sosteniendo, con buen tino, que la tarea

¹⁷ El último protocolo de la versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea regula en su artículo 56 un 'recurso de casación' ante el Tribunal de Luxemburgo, contra las sentencias dictadas por el órgano Jurisdiccional de Primera Instancia de dicha Comunidad.

¹⁸ Cappelletti, Mauro, El «formidable problema» del control judicial y la contribución del análisis comparado, en Revista de Estudios Políticos, ISSN 0048-7694, N° 13, 1980, Traducción de Faustino González, pp. 61-104.

¹⁹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Caso 6/64, "Costa vs. ENEL", en E.C.R., 1964, p. 585.

²⁰ Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang, cit.

de los jueces trasnacionales se asemeja a la de los Tribunales Constitucionales, ya que estos últimos inspeccionan los actos impugnados -disposiciones de alcance general- a la luz de las reglas, los principios y valores de las leyes fundamentales, *"La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la 'constitucionalidad', el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la 'convencionalidad' de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía".*²²

Aclara allí el citado jurista mexicano que del mismo modo que un Tribunal Constitucional no puede, ni lo debe pretender, traer ante sí todos los casos en que se cuestione la supra legalidad de actos y normas; *"un tribunal internacional de derechos humanos no aspira -mucho menos todavía que el órgano nacional- a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento".*²³

Lo expresado significa -en definitiva- que en el ámbito regional, el país debe tener en cuenta *"la jurisprudencia"* de ese órgano supranacional y poner en marcha tales criterios en el campo doméstico.

²¹ Corte IDH, Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114.

²² Corte IDH, Caso Tibi, cit, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

²³ Corte IDH, Caso Tibi, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 4.

En el caso Raxcacó Reyes²⁴ la Corte IDH, llevando a cabo el "*control de convencionalidad*",²⁵ entre el Pacto de San José y el Código Penal guatemalteco, consideró que este último infringía los postulados de aquél, por lo que dispuso que el país debería modificar esta norma punitiva, que permite la pena de muerte en determinadas circunstancias, y que mientras que no se cumpla con tal mandato jurisdiccional "*El Estado deberá abstenerse de dictar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio y secuestro...*".²⁶

En el año 2006 en el asunto López Álvarez²⁷ el juez García Ramírez, volvió sobre esta temática cuando le tocó analizar el '*plazo razonable*' (arts. 7.5 y 8.1 del Pacto). Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes.

En el caso Almonacid Arellano²⁸ -ahora- la Corte '*en pleno*' se ocupó de tal problemática -refiriéndose a delitos de lesa humanidad-, sosteniendo que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y obligados por ende a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un Tratado, como el Pacto de San José, '*sus jueces*' "*como parte del aparato Estatal, también están sometidos a ella*", lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. En otras palabras "*e/*

²⁴ Corte IDH, Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie CN° 133.

²⁵ En este caso no se utilizó expresamente la frase '*control de convencionalidad*'.

²⁶ Corte IDH, Caso Raxcacó Reyes, cit., párr. 145, subpuntos 5, 6, 7 y 8. Se le había impuesto al señor Roland Raxcacó Reyes la pena de muerte por la comisión del delito de plagio y secuestro, pese a que dicha sanción no se encontraba prevista en la ley al momento que Guatemala ratificó la Convención Americana, sólo se admitía cuando como consecuencia de tales hechos, falleciera la persona secuestrada, que no era el caso Juzgado.

²⁷ Corte IDH, Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141.

²⁸ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano, cit.

Poder Judicial debe ejercer una especie²⁹ de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas, que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención".

Repárese que en el asunto referido el Tribunal Interamericano -en pleno- utilizó por primera vez la frase *'control de convencionalidad'*.

En el caso Vargas Areco³⁰ fallado en septiembre de 2006, nuevamente el Juez Sergio García Ramírez en su Voto Razonado trabajó sobre esta álgida cuestión hablando de *'control de convencionalidad'*.

Tales expresiones del Magistrado aludido apuntan a noticiar que la Corte IDH debe confrontar las circunstancias internas, tales como actos administrativos, leyes, resoluciones judiciales, etc.; con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia -examen de compatibilidad- entre aquéllos y éstas.

Desde esa vertiente, no debemos olvidar que la lógica del modelo tutelar del Pacto de Costa Rica, reside en la necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de determinados hechos desde la perspectiva de los derechos humanos *"... esto es evidente y de ello se ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuando se trata de considerar los límites y restricciones para el ejercicio de los derechos o la suspensión de las obligaciones del Estado en esta materia. Cabe decir otro tanto del régimen de garantía establecido por la Convención -e inherente a las obligaciones naturales de un Estado en este ámbito-, al que también se pueden y deben aplicar aquellos patrones de apreciación para estimar su existencia y eficacia, y en este sentido, su correspondencia con la propia Convención"*.

El 24 de noviembre de 2006, el Tribunal de marras en el caso de los Trabajadores Cesados, todos los jueces abordaron esta cuestión de control de convencionalidad.³¹ Posteriormente el Juez Caneado Trindade añadió conceptos en

²⁹ Sagüés, Néstor, El control de convencionalidad, ob. cit.

³⁰ Corte IDH, Caso Vargas Areco Vs. Paraguay, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 155.

³¹ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso, cit., párr. 128.

el mismo asunto aunque ahora en el año 2007, cuando se ocupó de la solicitud de interpretación de la sentencia.³²

Conviene reiterar que en el citado caso del año 2006 la Corte no habló ya de '*una especie*' de control, sino que directamente lo calificó como '*control de convencionalidad*', lo que hace presumir que dicha terminología quedó a partir de ese momento anclada en los andariveles de ese cuerpo.

En el segundo de los expedientes citados, el Juez Caneado Trinidad³³ en su Voto Disidente, hizo un excelente análisis de la institución que venimos abordando, hablando -con cita de Cappelletti³⁴- de la dimensión constitucional y de la dimensión supranacional del derecho.³⁵ Puso énfasis en sostener -y esto parécenos de mucha importancia- que la necesidad de agotamiento de los recursos efectivos del derecho interno (artículo 46.1 .a de la CADH) integra la propia protección internacional de los derechos humanos (aquí vuelve a su voto del 2006 en el Caso de Trabajadores Cesados del Congreso).

Sostiene allí el Juez de marras que el art. 2 del Pacto al imponer esa obligación de 'armonización' entre el derecho nacional y el internacional se abre el camino para una 'constitucionalización' de una convención supranacional.³⁶

³² Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). Vs. Perú, Solicitud de Interpretación de la Sentencia, Sentencia de 30 de noviembre de 2007, Serie C No. 174, Voto Disidente del mencionado Juez.

³³ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso, Solicitud de Interpretación de la Sentencia, cit., voto concurrente razonado del Juez Candado Trindade.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro, La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado), México, UNAM, 1987, p. 239. Ídem mismo autor, El «formidable problema» del control judicial y la contribución del análisis comparado, ob. cit.

³⁵ Hitters, Juan Carlos, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 1991, ob. cit., Tomo 1, p. 29, párr. 9, punto III, nota 33; Ídem Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Óscar, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2° edición, 2007, ob. cit., Tomo 1, Volumen 1, p. 79, párr. 9, punto III, nota 102 [Hitters, Juan Carlos, El Derecho Procesal Constitucional, en Revista El Derecho, T. 121, p. 881; Ídem en Estudios de Derecho Constitucional Panameño, Compilador Jorge Fabrega, Panamá, 1987, p. 865]. Ídem Cappelletti, Mauro, Acceso a la Justicia, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Año XXIII, N° 41. Ídem Ciustizia Costituzionale Soprannazionale, en Rivista Di Diritto Processual, anno XXXIII, T. II, 1978.

³⁶ En el caso Penal Castro Castro (Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160), en su voto razonado, el Juez García Ramírez volvió a hacer referencia al tema que nos ocupa, sosteniendo que a través del 'control de convencionalidad' la Corte IDH explora "...en el universo normativo al que debe disciplinar su desempeño las disposiciones que le confieren o le niegan atribuciones para conocer de ciertas contiendas. Esta es la primera cuestión que analiza y resuelve el órgano Jurisdiccional que recibe una demanda de Justicia. El punto no reviste mayor complicación cuando existe una norma clara, enfática, que de manera directa y explícita confiere esas atribuciones. Obviamente, tampoco la hay

El 20 de septiembre de 2007, en el caso Boyce,³⁷ la Corte se ocupó nuevamente de esta temática,³⁸ observando que en la jurisdicción interna se había hecho un análisis puramente constitucional de la cuestión litigiosa en la cual no se tuvieron en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme al Pacto de San José. Se dijo allí que de acuerdo con la Convención de Viena sobre los Tratados (art. 26), el Estado debió cumplir de buena fe con sus obligaciones convencionales, *"...y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales..."*.

Ejemplificando, y con un tono docente se señaló allí que la jurisdicción interna no se debió limitar a evaluar si la norma local era constitucional o no, ya que la Corte de Justicia del Caribe (último órgano doméstico), debió también decidir si la ley de Barbados, esgrimida en las sentencias locales, violó o no la Convención.

En el Caso Heliodoro Portugal,³⁹ en un asunto referido a la desaparición forzada de personas, el Tribunal de cita adunó que a través de lo que se denomina *'control de convencionalidad'*, cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, por ende, el derecho doméstico -tal cual ya lo dijimos- debe adecuar sus normas al Pacto de San José.

La Corte ha interpretado que la *'adecuación' de los preceptos locales"... implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las*

cuando la norma niega semejante posibilidad o la concede a un órgano diferente de aquel que está analizando y resolviendo sobre su propia competencia..." (Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro, cit, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 16), agregando que "...Existe una tercera situación, que se plantea cuando las disposiciones del ordenamiento sobre derechos humanos contienen algún régimen sobre el control de la materia por parte de los órganos internacionales de protección, pero la fórmula que utilizan no es por sí misma, prima facie, suficientemente explícita o unívoca, o difiere de la utilizada en otros casos. En esta hipótesis, el tribunal debe interpretar la disposición y hallar su significado. No digo, por supuesto, que debe 'integrar' el ordenamiento y crear, a partir de su voluntad o de su imaginación, una competencia que no se encuentra recogida, en lo absoluto, en la norma sobre control de convencionalidad de los actos del Estado. Su poder no llega tan lejos: sólo debe desentrañar el sentido de la disposición oscura o elusiva y establecer, a través de ese proceso lógico-Jurídico, su sentido y alcance. Es esto lo que ha hecho la Corte Interamericana a propósito de la Convención de Belém do Para, y su aplicabilidad al presente caso..." (Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 17).

³⁷ Corte IDH, Caso Boyce y otros Vs. Barbados, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169.

³⁸ Se trataba de una sentencia que dispuso la pena de muerte de dos personas y una norma del derecho interno de Barbados no permitía a los Tribunales que declaren la inconstitucionalidad dicha máxima sentencia.

³⁹ Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párrs. 180-181.

normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías", criterio que ya había sido fijado con anterioridad.

Del control de constitucionalidad al control de convencionalidad

La importancia de la jurisprudencia dentro de los actuales ordenamientos jurídicos, hace centrar la atención en los mecanismos de protección de Derechos Humanos que surgen de ella, tal como sucede con el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, los cuales son producto de un desarrollo del pensamiento jurídico que se remonta al siglo XIX. En efecto, el control de constitucionalidad surge ante la preocupación por parte de la sociedad de la falta de protección que se tenía frente a los mandatos de la ley, los cuales a pesar de ser en muchas ocasiones injustos, debían ser acatados de forma general.

Fue así como la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, al fallar el proceso *Marbury vs. Madison*, abrió la posibilidad para que los jueces hicieran cumplir la constitución, bajo el entendido de que ellos son los primeros obligados a respetarla y por lo tanto están atribuidos para revisar de que todas las leyes se ajusten a lo preceptuado por ella⁴⁰. Posteriormente con la Constitución austriaca de 1920, a la que Hans Kelsen aportó muchas de sus ideas, surgió la necesidad de un Tribunal Constitucional que se encargara de la confrontación normativa de las leyes creadas por el Congreso con la Constitución, naciendo en todo el mundo la tendencia de creación de Cortes encargadas de los controles de constitucionalidad de forma concentrada, la cual ha llegado a América Latina y han acogido los denominados Tribunales Constitucionales, Corte Constitucionales e incluso Salas Constitucionales⁴¹.

Por su lado el control de convencionalidad, tiene su origen en el artículo segundo de la Convención Americana de Derechos Humanos, aclarando, que si bien es cierto, el artículo 2 de la Convención siempre ha existido y no ha sufrido ninguna

⁴⁰ El caso *Marbury vs. Madison* es el origen más próximo al control de constitucionalidad difuso, que cada día que se desarrollan los ordenamientos jurídicos comienza a adquirir mayor protagonismo en la defensa de los derechos humanos.

⁴¹ Es en la Constitución de Austria donde se comienza a dar nacimiento al control de constitucionalidad concentrado.

modificación, fue solo a partir del desarrollo jurisprudencial que se dio nacimiento al control de convencionalidad, toda vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus primeros años, se limitó a interpretar el contenido de los derechos humanos consagrados en el instrumento internacional pero no en la creación de mecanismos procesales transnacionales, que tuvieran alguna injerencia sobre el derecho interno. En efecto, el artículo 2 de la Convención sostiene:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha definido al control de constitucionalidad “como el ejercicio del control que a la Corte le compete cumplir como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, es claro que este [...] se realiza confrontando [...] el precepto legal tal como fue aprobado por el Congreso, con las normas constitucionales presuntamente violadas, para determinar si se adecúa o no al Estatuto Superior, tanto por su aspecto formal como material”⁴².

Por su lado la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha definido el control de convencionalidad, concepto que explica el profesor Ernesto Rey Cantor de la siguiente forma:

El control de convencionalidad es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento en que el derecho interno (constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados – aplicables–, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derechos interno con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana⁴³.

⁴² COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia C-388 de 1996. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. En REY CANTOR; Ernesto, Referendo, Asamblea Constituyente y Congreso, segunda edición, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, D.C. 2003, pág. 214.

⁴³ REY CANTOR, Ernesto, control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicanos de Derecho Procesal Constitucional, México 2008, pág. 47.

Adicionalmente, la doctrina suele clasificar al control de constitucionalidad en concentrado y difuso, sostenido que es concentrado cuando lo aplica única y exclusivamente la Corte Constitucional (como control principal) y el Consejo de Estado (como control residual) mediante sentencia, la cual tiene efectos *erga omnes* por tratarse del máximo intérprete de la Constitución, pero que al mismo tiempo, el control de constitucionalidad también puede ser difuso, pues todos los funcionarios públicos que estén investidos con facultades jurisdiccionales otorgadas por la Constitución y la ley, pueden inaplicar una norma jurídica inferior a la constitución cuando esta contraríe los contenidos de la constitución, conociéndose este control de constitucionalidad difuso como excepción de constitucionalidad que está consagrado en el artículo 4 de la Constitución colombiana y que solo genera efecto inter partes, pues se trata de jueces que pese a ser constitucionales, no tienen competencia para determinar la existencia de una norma dentro del ordenamiento jurídico interno⁴⁴.

De igual forma, la doctrina ha clasificado el control de convencionalidad en dos, es decir, el control en sede internacional y en sede nacional, siendo el primero el que tiene competencia la Corte Interamericana de derechos humanos cuando existe incompatibilidad normativa entre el ordenamiento jurídico interno de un país con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo necesario la aparición de la Corte para que mediante jurisprudencia se ordene reformar el ordenamiento interno. El control de convencionalidad pueden ser aplicado en sede nacional cuando un “juez inaplica el derecho interno y aplica la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado) en un caso concreto y adopta una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona humana”⁴⁵. En este mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado:

Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención se vean mermadas por la aplicación

⁴⁴ QUINCE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano, de la Carta de 1991 y sus reformas, Grupo Editorial Ibáñez, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, D.C. 2008.

⁴⁵ REY CANTOR, Ernesto, control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicanos de Derechos Procesal Constitucional, México 2008, pág. 49.

de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana⁴⁶.

Así las cosas, es posible observar cómo un juez de cualquier jurisdicción tiene la posibilidad de efectuar control de convencionalidad en sede nacional antes de aplicar el mismo control de constitucionalidad, pues no existe ningún impedimento legal o constitucional para que lo haga, toda vez que el objetivo final de todo ordenamiento jurídico debe ser la protección de los Derechos Humanos, y si se protegen mejor aplicando la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre las leyes internas, los jueces lo pueden hacer, gracias al bloque de constitucionalidad, fenómeno que permite hablar del paso del bloque de constitucionalidad al control de convencionalidad.

En efecto, esta nueva puerta que se abre a todos los jueces de Latinoamérica, en especial para quienes hacen parte de Estados que han aceptado la competencia de la Corte Interamericana, incorpora nuevas tendencias en la administración de justicia, pues los jueces a nivel nacional deberán preocuparse mucho más por el desarrollo jurisprudencial que ha proporcionado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a su quehacer, toda vez que por encima del derecho nacional se encuentra el derecho internacional de los derechos humanos, el cual se desarrolla mediante jurisprudencia que tiene un carácter vinculante para quienes hacen parte del sistema interamericano de derechos humanos, lo que implica por tanto, el reto de acoplar el derecho nacional al derecho internacional de los derechos humanos.

Fines del control de convencionalidad

En el caso *“Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”*, la Corte aclara que la finalidad del instituto es procurar que las normas de la Convención o cualquier otro tratado *“no se vean mermadas”* por normas o disposiciones internas contrarias a su tenor, objeto y fin

En el caso *“Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú”*, se especifica el fin de la institución al indicarse que se debe *“velar porque el efecto útil de la*

⁴⁶ CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

Convención no se vea mermado o anulado” por normas o disposiciones contrarias a su tenor, objeto y fines. En definitiva, como lo apunta el profesor Néstor Sagüés, el control de convencionalidad es un potente instrumento para el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos incluidos en el parámetro de convencionalidad⁴⁷.

Parámetros del control de convencionalidad

Es a partir de las sentencias *“Almonacid Arellanos y otros Vs. Chile”* y *“Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú”*, queda claro que el parámetro de control a partir del cual el juez o tribunal ordinario interno juzga el derecho interno o local, lo son la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda otra Convención o Declaración del sistema interamericano (v. gr. *“Protocolo de San Salvador”* sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, etc.), así como las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana. A partir de ese referente, el juez o Tribunal interno debe revisar si la normativa o el ordenamiento jurídico interno es contrario u opuesto a los objetivos, fines y tenor literal de ese *“corpus iuris”* de orden regional o interamericano, entendido como un estándar mínimo de protección.

Quedan excluidas del parámetro otras convenciones o declaraciones, por cuanto, como afirma Sagüés, a la Corte Interamericana no le compete aplicar y tutelar instrumentos extraregionales⁴⁸.

Órganos encargados de ejercer el control de convencionalidad

La doctrina sentada por la Corte Interamericana acerca del *“control de convencionalidad”* plantea una serie de interrogantes por su parco desarrollo, sin embargo, cabe señalar que ya las dos sentencias citadas (Casos Almonacid Arellanos Vs. Chile y Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú) sugieren grandes líneas de desarrollo del novedoso instituto en el ámbito regional.

⁴⁷ SAGÜÉS (Néstor Pedro), Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Estudios Constitucionales, Año 8, No. 1, 2010, p. 118.

⁴⁸ SAGÜÉS (N.P.), El Control de Convencionalidad, p. 2.

En la primera sentencia citada de la Corte Interamericana, se refiere, sin distinguir la naturaleza o el orden jurisdiccional al que pertenecen y su jerarquía, a los “*jueces y tribunales internos*”, luego se agrega que “*el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad*” y finalmente, se indica que “*En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta (...)*”. En la segunda sentencia referida, se indica que cuando un Estado ha ratificado un Tratado internacional como la Convención Americana “*sus jueces están sometidos a ella*”, para añadir después que “*los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio (...)*”.

Es evidente que los jueces y tribunales ordinarios son los primeros llamados a ejercer el control de convencionalidad por una razón elemental que es la necesidad de agotar los recursos efectivos del derecho interno (artículo 46.1.a de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) antes de acudir a la Corte Interamericana⁴⁹, dado que, la intervención de ésta es subsidiaria. Se trata, entonces, a diferencia de lo que puede ser el modelo de control de constitucionalidad interno de cada país, de un esquema de control difuso que ejercen todos los jueces y tribunales ordinarios que pertenecen al Poder Judicial.

Cabe advertir que la Corte Interamericana aclara que los jueces y tribunales ordinarios deben ejercer el “*control de convencionalidad*” “*en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes*”, con lo que les otorga un margen de discrecionalidad judicial limitado por el ordenamiento jurídico interno o local.

Obviamente, en los sistemas iberoamericanos que cuentan con una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, esto es, adscrita al Poder Judicial o una Corte Suprema de Justicia, encargadas del control de constitucionalidad, es evidente que el concepto de jueces y tribunales alcanza a tales Salas Constitucionales y Cortes Supremas. La duda podría surgir cuando el sistema jurídico tiene un Tribunal Constitucional independiente de la estructura y organización del Poder Judicial, por cuanto, podría entenderse, pese a la exhortación de la Corte Interamericana de ejercer un control de constitucionalidad - que resulta válido en un modelo difuso o desconcentrado- y de convencionalidad,

⁴⁹ Voto disidente del juez Cancado Trindade en la Sentencia de 30 de noviembre de 2007, que resolvió la Solicitud de interpretación de la Sentencia de 24 de noviembre de 2006 Caso Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú

que no se refiere, explícitamente, a los Tribunales Constitucionales de carácter independiente o autónomo⁵⁰.

La duda fue despejada en el caso “*Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*” de 26 de noviembre de 2010, al estimar, siguiendo, en términos generales, la redacción del caso *Almonacid Arellano Vs. Gobierno de Chile*, que el control de convencionalidad debe ser ejercido por “225. (...) *todos sus órganos –del Estado-, incluidos sus jueces (...)* Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (...) los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia (...)”. Esta posición fue ratificada por la Corte Interamericana en la sentencia del caso “*Gelman Vs. Uruguay*” de 24 de febrero de 2011.

A partir de los casos “*Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*” y “*Gelman Vs. Uruguay*” queda, entonces, dilucidado que “*todos los órganos*” del Estado, ya no solo los de carácter jurisdiccional deben ejercer el control de convencionalidad, lo que implica que todos los poderes públicos deben hacerlo, en tanto operadores del Derecho. De otra parte, se aclara que también deben ejercerlo los “*órganos vinculados a la administración de justicia*”, lo que comprende, obviamente, a los Tribunales Constitucionales no incardinados en la organización judicial y que tienen el carácter y rango de un órgano independiente.

Modo de ejercicio del control de convencionalidad

En la sentencia del caso “*Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú*” la Corte Interamericana aclaró que el “*control de convencionalidad*” puede ejercerlo el juez o tribunal ordinario a instancia parte o de oficio teniendo, por esto último, una obligación de fiscalización y de contraste del derecho interno con el internacional regional, todo, dentro del marco del caso concreto que es juzgado. A partir de los casos “*Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*” y “*Gelman Vs. Uruguay*”, como se apuntó, tal posibilidad se extiende a “*todos los órganos*” del Estado y a los “*vinculados a la administración de justicia*”.

Tipos de control de convencionalidad

⁵⁰ Cfr. con SAGÜÉS (Néstor P.), *El Control de Convencionalidad*, p. 2.

En materia de control de convencionalidad, es necesario tener presente que cuando se hace referencia a este término, se puede hablar de dos cosas que, aunque se conectan en cuanto al contenido y procedimiento del control, son diferentes en cuanto a los órganos que los llevan a cabo. Así, el control de convencionalidad se parte en dos tipos distintos, que son llevados a cabo por dos órganos distintos: el primero es el control concentrado de convencionalidad, que realiza únicamente la Corte Interamericana; el segundo es el control difuso de convencionalidad, que realizan los Estados, en el ámbito de sus competencias a través de todas sus autoridades.

El control concentrado de convencionalidad

La Corte Interamericana realiza el control concentrado de convencionalidad cuando verifica de forma subsidiaria que las disposiciones internas, las conductas y los actos de los Estados parte de la Convención Americana sean acordes y no violenten su contenido.

Los Estados, en el ámbito de sus competencias y dentro de los procedimientos que las leyes les establecen, deben realizar el control difuso de la convencionalidad, bajo los mismos parámetros que lo hace la Corte Interamericana. En estos casos los jueces nacionales deben hacer la misma revisión que haría la Corte, sobre la legislación que aplican o las conductas que realizan los distintos órganos del Estado para asegurarse que estos no contraríen a la Convención Americana, fungiendo como una especie de jueces interamericanos de protección de derechos.⁵¹

En el primer caso en que el control de convencionalidad se estableció, se señaló que los Estados eran responsables frente a la Corte IDH por los actos de todos sus órganos (tomándolo como un todo integral), en virtud de las obligaciones de la Convención Americana *“sustraer a otros de este régimen convencionalidad de responsabilidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional”*.⁵²

⁵¹ Sobre la idea de ser jueces interamericanos, ver el voto razonado del juez Mac-Gregor en el caso de Cabrera García y Montiel Flores del 26 de noviembre de 2010. Este caso también se desarrolla en el apartado de la descripción monográfica de los casos aplicables.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang, op. cit., párr. 27.

El criterio fue sostenido y reafirmado en otro voto razonado un año después, en el que el juez Sergio García Ramírez estableció que:

3. [...] A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. **El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.**

Al realizar esta revisión de los actos del Estado, la Corte Interamericana determina, en caso de que los actos sean contrarios a la Convención Americana, la responsabilidad completa del país en cuestión, no solamente del órgano directamente responsable. En estos casos, la Corte puede declarar que el acto es contrario a la convención y solicitar al Estado que lo modifique o lo repare. La Corte Interamericana hace el control de convencionalidad cuando en sus veredictos descarta normas locales, incluso constitucionales, opuestas a la Convención. (Sagúes 120, 2010), incluso a las normas constitucionales las descarta en sus veredictos.

El control difuso de convencionalidad

Por su parte, sale del ámbito de competencia de la Corte Interamericana y se inserta en el ámbito de competencia de cada uno de los Estados parte de la Convención Americana. Ante la lógica de que las disposiciones contenidas en la Convención Americana forman parte del derecho interno, y que éste debe adecuarse a las disposiciones de la Convención misma (artículo 2 de la Convención Americana), la Corte consideró que los Estados debían velar por ella también en el ámbito nacional. Por esta razón determinó que el control de convencionalidad no debía ejercerse solamente por ella y que no debía ser ella quien realizara este control en primera instancia.

Fue así que aproximadamente tres años después de comenzar a desarrollar doctrinariamente el tema del control de convencionalidad en distintos votos razonados, la Corte Interamericana resolvió en el cuerpo de una sentencia en el caso Almonacid Arellano contra el Estado de Chile, que:

124. [...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En esta sentencia el criterio que ya había sido establecido en los votos razonados anteriores se volvió más específico, al determinar que serían los jueces del Estado quienes también estaban obligados a realizar el control de convencionalidad.

El criterio se sustentó y se desarrolló todavía más en el caso de los Trabajadores cesados del Congreso en contra del Estado de Perú también en el 2006, donde la Corte retomó y sustentó el criterio que ya había establecido en el caso Almonacid. El desarrollo importante en este caso, es que se establecía que los órganos en general, aludiendo a la totalidad, del Poder Judicial debían realizar el control de convencionalidad “ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.⁵³

En esta sentencia la Corte IDH, además de señalar la obligación de los jueces de realizar el control de convencionalidad (continuando ya una consistente línea doctrinaria sobre esta obligación), agrega que ese control debe ser de oficio; es decir que no debe ser una atribución que debe exigir el actor del caso en concreto para que lo realice el juzgador, sino que los jueces del poder judicial deben llevarlo a cabo por sí mismos.⁵⁴

El criterio que emite la CIDH en “*Trabajadores cesados del Congreso*”, indica que el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, debe

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

⁵⁴ La línea jurisprudencial de estos casos parte del Caso Almonacid y el Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso. Estos casos fueron seguidos por el caso de La Cantuta vs. Perú, del 29 de noviembre de 2006, Boyce y otros vs. Barbados, del 20 de noviembre de 2007, Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, del 01 de septiembre de 2010, Rosendo Cantú y otra vs. México, XXX, Chocrón Chocrón vs. Venezuela, del 01 de julio de 2011, López Mendoza vs. Venezuela, del 01 de septiembre de 2011.

asimismo practicar el control de convencionalidad, es decir, le requiere el doble control.

El profesor Néstor Sagües para estos efectos, se pregunta, *¿qué ocurre si según el régimen vigente en un país determinado, hay jueces del Poder Judicial no habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, el que se reserva, por ejemplo, solamente a su Corte Suprema o a una Sala Constitucional de la Corte Suprema?* Y agrega que como un control total o parcial concentrado, (caso como el de México) señala algunas alternativas, entre ellas una reforma constitucional.

La Corte Interamericana obliga al juez local a practicar directamente el control de convencionalidad, y que ese oficio no necesita estar autorizado por la Constitución o autoridades domésticas, sin perjuicio de sus competencias. Y si una norma local, constitucional intenta impedir el control de convencionalidad al juez apto para realizarlo, dicha norma sería *"inconvencional"* por oponerse, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una vez explicadas las diferencias entre el control concentrado y el control difuso de convencionalidad, es necesario ver de qué forma puede llevarse cada uno de los controles.

Control de convencionalidad en abstracto

Conviene poner de resalto que en los primeros tiempos tal Tribunal Interamericano sostenía que era improcedente la revisión supranacional si el precepto atacado no había sido aplicado. Empero el órgano aludido cambió luego de tornas destacando su potestad de controlar la convencionalidad de las normas locales, aún en abstracto.⁵⁵

En efecto, el 27 de enero de 1995 en el caso Genie Lacayo había expresado que *"...La competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención..."*; concluyendo que no tiene aptitud para activar ex officio 'en abstracto' el contralor de convencionalidad, criterio que mantuvo a rajatabla en el mismo asunto el 29 de enero de 1997 en la sentencia sobre el fondo.

⁵⁵ Sobre el particular puede verse el importante libro del profesor colombiano Ernesto Rey Cantor, a donde nos remitimos brevitatis causa, dado que lleva ahí análisis pormenorizado de la temática (Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos, Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 68, 69, 70, 71 y ss.).

Tal pauta fue criticada en estas últimas actuaciones por el entonces Juez Caneado Trindade en su Voto Disidente, quien abriendo una brecha en la sólida jurisprudencia precedente, dejó en claro que la infracción convencional se produce por el solo hecho de que la norma doméstica esté vigente (aunque no haya sido aplicada); añadiendo luego en el caso *"El Amparo"* que para que exista maltrato a la CADH *"...no me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño..."*.⁵⁶

En una segunda etapa como puntualiza Rey Cantor⁵⁷ se muestra un cierto cambio en la jurisprudencia aludida, al sostener la Corte IDH en el caso Suárez Rosero⁵⁸ y posteriormente en Castillo Petruzzi⁵⁹ entre otros, que puede haber infracción al Pacto de San José aún cuando el dispositivo normativo doméstico no haya sido aplicado en un asunto concreto.

En una apretada síntesis podemos decir que en las últimas épocas ese Tribunal efectuó como siempre el control de convencionalidad de los preceptos del derecho doméstico aplicados al caso concreto; y también de aquellas reglas que habiendo sido sancionadas -y vigentes- no hubieran sido utilizadas en una causa determinada.⁶⁰

Características del control de convencionalidad que deben ejercer los Tribunales Nacionales

Es preciso analizar cuál es el alcance y las características del control de convencionalidad, por diversas razones, entre ellas identificar los problemas de

⁵⁶ Corte IDH, Caso El Amparo Vs. Venezuela, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C No. 28, Voto Disidente del Juez Caneado Trindade, párr. 3. Agregó dicho magistrado que *"...un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas..."* (párr. 5).

⁵⁷ Rey Cantor, Ernesto. Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos, ob. cit, pp. 81 a 93.

⁵⁸ Corte IDH, Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C N°35, párr. 98; apuntalando ese criterio véase también el Voto Razonado del Juez Caneado Trindade en el caso *"La Última Tentación de Cristo"* (Corte IDH, Caso *"La Última Tentación de Cristo"* [Olmedo Bustos y otros] Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párr. 13.

⁵⁹ Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52.

⁶⁰ En definitiva esta inspección de compatibilidad puede ejercitarse preventivamente, como en el caso de algunos Tribunales Constitucionales Europeos (de Jurisdicción concentrada). En la Provincia de Buenos Aires el Código Procesal Civil y Comercial regula esta posibilidad en los arts. 686 a 688 (conforme art. 161.1 de la Constitución Provincial bonaerense) que tramita directamente ante la Suprema Corte de dicho Estado.

ajuste constitucional que podrían producirse en la aplicación de dicha doctrina. En caso de que las Constituciones no adolezcan de problemas para recepcionar la doctrina del control de convencionalidad, urge también ser estudiada para su efectiva y correcta aplicación por los órganos y agentes estatales llamados a hacerlo.

A continuación analizaremos las características propias del control de convencionalidad que se deducen a partir de la jurisprudencia de la CIDH a la actualidad.

Todos los agentes de ejercicio del Estado deben ejercer el control, en especial el poder judicial, que está obligado internacionalmente a realizarlo

La CIDH ha determinado que todos los órganos del Estado, es decir, todos los agentes de ejercicio del Estado pueden y deben realizar su propio control de convencionalidad⁶¹. Ello hace que la tesis del control no se evidencie a primera vista como un control jurídico de conflicto de normas (algo propio de la teoría del control), pues, por ejemplo, un policía debe realizar el control de convencionalidad al detener a una persona e informar de sus derechos en clave convencional al detenido y realizar todo el procedimiento en conformidad a las normas de derechos humanos, el asunto es que el poder judicial de cada Estado (y toda autoridad que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales) al aplicar, interpretar o resolver conflictos de normas del ordenamiento jurídico interno debe ejercitar el control de convencionalidad y ello irremediablemente lo hará preferir el parámetro convencional de control, ya no teniendo libertad para interpretar y aplicar el derecho nacional.

El control debe ser ejercido de oficio, de acuerdo a las competencias del órgano judicial, o agente estatal en cuestión

De la jurisprudencia interamericana se desprende expresamente que quien ejerza el control de convencionalidad no deberá esperar ser requerido para realizarlo. El referido control debe ser realizado de oficio⁶² por las autoridades nacionales, así el policía no deberá esperar a que la persona que es sometida a una

⁶¹ Corte IDH, Caso Gelman (2011), párr. 239.

⁶² Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (2006), párr. 128.

afectación a su libertad personal le solicite que sea informada de sus derechos humanos (no tan sólo los derechos contenidos en el ordenamiento jurídico interno, sino que en especial los derechos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos) sino que debe realizarlo inmediatamente así, el Contralor General de la República, al controlar la legalidad de los actos de la administración, no deberá esperar a que se le formule petición alguna, sino que deberá automáticamente incluir en su parámetro de control el parámetro convencional. También la judicatura debe proceder de oficio, en todo procedimiento y en cualquier etapa procesal, a realizar el Control de Convencionalidad, vigilando por evitar que se produzca una violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH).

El parámetro de control lo constituye (como mínimo) la Convención Americana sobre Derechos Humanos y toda la jurisprudencia de la Corte que la interprete

La Corte IDH ha fijado expresamente que el parámetro de referencia del control de convencionalidad que deberán tener en cuenta los agentes de ejercicio estatal a la hora de aplicar el mencionado control, no se deberán detener exclusivamente en el texto del tratado que se refiera, sino que deberán de entender dicho tratado como ya lo ha interpretado la Corte IDH, sin importar si el Estado ha sido parte o no en la jurisprudencia que trate⁶³, pues de este modo todos los Estados comparten de ahora en adelante el derecho, en principio casuístico, que emana de la jurisprudencia de la Corte de Costa Rica.

Es más, el parámetro no es sólo la Convención Americana de Derechos Humanos, sino todo tratado de derechos humanos en que el Estado sea parte, sus agentes de ejercicio deben incorporarlo al parámetro convencional de control⁶⁴.

El material normativo controlado es de carácter extenso, pudiendo revisar la conformidad convencional de todos los actos de autoridad del Estado

¿Qué se debe controlar? Pues todo cuanto sea necesario para cumplir las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos: la

⁶³ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano (2006), párr. 124).

⁶⁴ Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro (2012), párr. 262.

actuación de las autoridades estatales, políticas públicas, normas jurídicas, etc., todo es susceptible de control interno en conforme al DIDH. Pero donde presenta más interés el desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad, y así lo ha reafirmado recientemente en el caso Atala Riffo es en el control de las normas jurídicas internas. Es decir el control de convencionalidad se presenta como una nueva vertiente del control de constitucionalidad, evidentemente ya no es la Constitución el parámetro de control (sino que material jurídico controlado), es el DIDH el nuevo parámetro de control. En este sentido las consecuencias del control de Convencionalidad abren un mundo de posibilidades.

En cuanto a las consecuencias del control: pueden ir desde la interpretación conforme, hasta la consecuencia natural de todo control normativo, es decir, la inaplicación o anulación de normas internas (sin importar su jerarquía)

Este es el punto menos claro en la jurisprudencia interamericana, y es en definitiva una cuestión de suma trascendencia: *¿hasta dónde autoriza la CIDH a los jueces nacionales (o autoridad nacional que de oficio realice el control) al momento de realizar el control de convencionalidad? ¿Cuáles serían las facultades del juez frente a una norma inconvenional?*⁶⁵ En el caso Atala Riffo, la parte demandante (víctima en definitiva) solicitó que la Corte dictará medidas de reparación tendientes a modificar el ordenamiento jurídico interno, a lo que la Corte respondió con un Control de Convencionalidad en sede interna, es decir, los jueces nacionales son los responsables porque el ordenamiento jurídico nacional sea conforme al DIDH. En ese sentido, se entendería que a su alcance está lo que los “mecanismos procesales” les permitan. De ahí que la doctrina del control admita desde la interpretación conforme hasta la anulación de normas jurídicas, pero siempre, siempre: salvando la responsabilidad internacional del Estado.⁶⁶

⁶⁵ Ferrer, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en Estudios Constitucionales, año 9, N° 2, 2011.

⁶⁶ Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas (2012), párr. 284. “En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana”.

El Control de Convencionalidad a cargo del juez constitucional peruano

En el ordenamiento peruano el control de convencionalidad tiene una directa vinculación con el control de constitucionalidad por diversos motivos, entre ellos, los que se ha desarrollado en el capítulo 2 de este documento, lo que incluso lleva a afirmar que existe una relación de identidad entre ambas figuras. Aunado a ello, el Tribunal Constitucional del Perú y un sector de la doctrina ha planteado que aquello que ha sido definido como parámetro interamericano tiene rango constitucional, a partir de una interpretación de la Carta de 1993.⁶⁷

También se podría plantear que el control de convencionalidad es sinónimo de control de constitucionalidad en la medida que la justicia constitucional (Tribunal Constitucional y jueces del Poder Judicial) en la práctica utiliza el parámetro interamericano como parámetro constitucional, a pesar del silencio del propio ordenamiento. Ambos planteamientos no son del todo opuestos; puede que la CADH y el resto de instrumentos que conforman el parámetro tengan rango constitucional, pero si en la práctica estos no se utilizan como tales entonces la identificación queda en la mera formalidad.

Como quiera que fuere, el control de convencionalidad en el ordenamiento peruano se realiza a manera de examen de constitucionalidad, y sobre ello lo que se debe discutir son las modalidades en que se lleva a cabo. De otro lado, se puede afirmar que la práctica judicial permite determinar que este tipo de examen se hace sin calificarlo como tal, es decir, es un ejercicio que se realiza sin atribuirle dicho calificativo.

No obstante que en el presente artículo se resalte el hecho que en determinadas materias el Tribunal Constitucional haya llevado a cabo el examen de convencionalidad conforme a los estándares del SIDH, no se pierde de vista el hecho que este tribunal también ha emitido fallos sumamente cuestionables en los que se deja de lado los estándares interamericanos y se adopta posiciones contrarias al canon convencional, a la vez que inconstitucionales.

Dos ejemplos claros de ello son los fallos que analizaron la legislación sobre justicia militar y el caso El Frontón. En el primero de los casos, en la última de las sentencias emitidas por el colegiado (año 2009), se constató la manipulación de los estándares internacionales (como se verá en el acápite respectivo) para declarar

⁶⁷ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación. consulta: 26 de noviembre de 2011.

constitucional un modelo que atenta contra las garantías de independencia, imparcialidad y unidad jurisdiccional.

En el segundo supuesto, como se verá más adelante, el Tribunal Constitucional convalidó la sentencia de la Tercera Sala Penal con reos en cárcel que declaró fundada la demanda de habeas corpus presentada por Teodorico Bernabé Montoya (procesado por las ejecuciones extrajudiciales del caso El Frontón) e indicaba que la matanza del caso El Frontón constituía un delito común; en ese sentido la denuncia penal del Ministerio Público relativa a este caso se declaró como no presentada.

En atención a ello, es importante desarrollar el sustento teórico constitucional sobre la materia en el ordenamiento peruano. En efecto, hay diversas posiciones desde las que se construyen argumentos que justifican el uso del canon interamericano como parámetro constitucional.

La cláusula de apertura constitucional de la Constitución de 1993

Este tema se articula con la figura de Estado pluralista o cooperativo que se ha esbozado en el capítulo 2 de este documento. En esencia, el ordenamiento peruano puede calificarse como tal ya que de manera explícita, asume la existencia de una pluralidad de fuentes de origen distinto que se articulan entre sí necesariamente y se encuentran imbricadas con las propias bases del ordenamiento.

En efecto, una muestra de ello es la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 (CDFT) que es en realidad una cláusula de apertura constitucional:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Este dispositivo que recibe la denominación de cláusula interpretativa establece un deber de uso de determinados instrumentos de naturaleza internacional cuando de interpretar o aplicar una norma que involucra derechos fundamentales se trata.

La cláusula de apertura se refiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos y al resto de tratados que abordan o desarrollan las mismas materias; en ese sentido, su diseño es bastante amplio y permite incorporar a los tratados del SIDH y del ámbito universal como parte del contenido de la misma.

En efecto, dicha cláusula involucra a la jurisprudencia de la Corte IDH como parte del parámetro controlador, aunque no lo señale de manera expresa. En efecto, varios son los motivos que llevan a afirmar ello.

En principio, es la jurisprudencia de la Corte IDH y sus opiniones consultivas las que desarrollan los alcances de los tratados que son parte del SIDH, razón por la cual deberían incorporarse al parámetro normativo, tal como se desarrolló en el capítulo 1.

El sentido progresivo de los fallos y opiniones consultivas de dicho tribunal y la indeterminación de los derechos que protege el SIDH justifican ello.

Tampoco debe olvidarse que el uso de la jurisprudencia internacional también encuentra justificación en el hecho que las jurisdicciones nacionales, en la práctica, toman en cuenta a la jurisprudencia internacional como un elemento esencial para delimitar los contenidos de un derecho en la interpretación constitucional, ya que el derecho constitucional no es en sí mismo un derecho completo.

Es decir, si bien la CDFT no se refiere a la jurisprudencia como parte del parámetro controlador, se debe tener en cuenta que la apertura constitucional también supone reconocer que el juez nacional no es el único intérprete autorizado para definir el contenido de un derecho, sobre todo cuando su labor se enmarca dentro de una lógica de complementariedad entre ordenamientos o sistemas de protección de los derechos del individuo.

En efecto, estas razones de fondo se refuerzan en la medida que el ordenamiento peruano también reconoce la importancia y vinculatoriedad de la jurisprudencia de los tribunales internacionales para la interpretación de las leyes.

El Código Procesal Constitucional del año 2004, en el artículo V del Título Preliminar reproduce en parte la CDFT que se comenta, pero al mismo tiempo añade como parte del parámetro controlador a la jurisprudencia de derecho internacional.

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con (...) las decisiones adoptadas por los tribunales

internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el criterio de interpretación que impone la CDFT, *“comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos”*.

Igualmente, en el caso Castillo Chirinos ha afirmado que las sentencias de la Corte IDH resultan vinculantes para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. Ello, como resultado de la interpretación del artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución.⁶⁸ En efecto, se ha mencionado lo siguiente:

Esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía.⁶⁹

Luego de establecerse estos alcances, se puede afirmar que la forma en que se ha redactado la CDFT permite plantear una interpretación a partir de la cual se defina el deber del juez de ejercer control de convencionalidad.

En la medida que la disposición indica que toda norma que desarrolla un derecho fundamental debe analizarse a la luz del parámetro internacional de protección de derechos humanos, en realidad se hace alusión a la esencia misma del control de convencionalidad.

Esta cláusula es una suerte de *“puente”* que en términos formales y expresos establece o reconoce la activa interrelación entre el derecho interno y el derecho constitucional imponiendo un deber de interpretación de los derechos fundamentales (de corte constitucional) a los aplicadores del derecho.

⁶⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída expediente N° 02730-2006-AA/TC, 27 de julio de 2006, FJ. 12-14.

⁶⁹ Ibid.

Y en términos materiales, la existencia cláusula demuestra que las disposiciones constitucionales sobre derechos de individuo no se bastan por sí solas y que incorporan necesariamente a otras fuentes, con el mismo objeto de protección.

Ya en la práctica jurisdiccional, el Tribunal Constitucional ha manifestado argumentos que sostienen esta apreciación. Así, ha indicado que el *“contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce y también de los alcances del DIDH”*.⁷⁰

A partir de la CDFT se puede argumentar que el control de convencionalidad guarda una relación directa con la figura de control de constitucionalidad, por el objeto de protección de ambos tipos de figuras, es decir, los derechos fundamentales.

En esa lógica el canon interamericano se utilizará para analizar el contenido de los dispositivos que son, al mismo tiempo, objeto de un examen de constitucionalidad y convencionalidad, a fin de garantizar el contenido de los derechos del individuo.

En ese sentido, se rompe con los conceptos de unidad y rigidez constitucional previos al proceso de apertura o pluralismo jurídico. En concordancia con lo señalado por el profesor Peter Häberle, la Constitución peruana incorpora de manera expresa al *“quinto método”* de interpretación propio de un Estado Cooperativo: método comparado.

Ahora bien, la CDFT, como se ha mencionado, es interpretativa, ya que el examen de convencionalidad se realizará de manera indirecta. En ese sentido, de esta norma no se deriva la posibilidad de alegar una violación autónoma del parámetro interamericano.

En efecto, aunque el canon de convencionalidad se utilice para determinar si se violó o no un derecho protegido siempre se habrá vulnerado la norma constitucional en sentido formal, es decir, habrá ocurrido un re-envío, tal como ocurre con el concepto de bloque de constitucionalidad.⁷¹ No obstante ello, el examen de convencionalidad no habrá dejado de realizarse.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ MORALES SARAVIA, Francisco. “Interpretación de las normas relativas a los derechos y libertades”. En FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (coordinador). La Constitución comentada:

De otro lado, los efectos del examen de convencionalidad indirecto convertido en examen de constitucionalidad serán los mismos que se derivan de este último. El juez concluirá por reinterpretar, inaplicar o invalidar una norma, dependiendo del tipo de proceso en el que se lleva a cabo el contraste entre el canon interamericano y las normas de derecho interno.

En este último sentido, se puede afirmar que hay una identidad entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad. Igualmente, la hay en términos del concepto de constitución material por el objeto de protección de los exámenes mencionados, independientemente de que el canon interamericano se haya aplicado directamente o de forma indirecta, o de que la CDFT no permita afirmar que el rango de un tratado de derechos humanos es constitucional.

En efecto, si bien el objeto de protección de los tratados de derechos humanos no es idéntico al de los catálogos constitucionales (derechos fundamentales) -por ello la identidad parcial o imperfecta entre los mismos- cuando el canon o estándar de derechos de un sistema de protección como el SIDH se incorpora al ordenamiento y es utilizado por el juez constitucional para resolver conflictos de este orden, entonces se habrá generado una identidad plena.

Igualmente, el juez constitucional podrá interpretar en sentido progresivo los instrumentos del SIDH en el ejercicio de su labor como intérprete constitucional, ya que asume que estos ostentan categoría de fuente constitucional. En ese sentido, el resultado de lo que el juez determine con relación al contenido de estos derechos también se define como canon constitucional.

Por otro lado, ya se ha señalado que parte de la doctrina afirma que en el ordenamiento peruano también se deja abierta la posibilidad de tutelar de manera directa los derechos del individuo conocidos en los tratados, basándose para ello, en diversos argumentos.

La pregunta relevante sobre el tema es si, los usos indirecto y directo del canon interamericano son opuestos o se pueden articular de alguna manera. Al respecto, hay quienes señalan que la cláusula interpretativa pierde el sentido y razón de ser, ya que se ha admitido la tesis del rango constitucional de los tratados de derechos humanos. Sobre el punto, conviene analizar la teoría del rango constitucional de los tratados y la aplicación práctica de los mismos por parte del

juez constitucional en los procesos constitucionales, ya que ello determinará si los jueces le dan un uso directo o indirecto al canon interamericano, o combinan ambas modalidades.

Rango constitucional de los tratados de derechos humanos

El ordenamiento peruano no establece de manera expresa el rango de los tratados de derechos humanos dentro de la pirámide kelseniana o del sistema jurídico articulado bajo la premisa de la unidad.

Sobre el tema se han desarrollado, algunos argumentos que van desde el otorgamiento de rango legal y su incorporación al concepto de bloque de constitucionalidad hasta las aseveraciones de su naturaleza constitucional y consecuente aplicación directa.

En los últimos tiempos, la opinión de diversos juristas e entendidos en la materia apunta a otorgarle rango constitucional a los tratados de derechos humanos, aunque el uso de los mismos se realiza más en sentido indirecto y por ello, se acercaría más al concepto de bloque de constitucionalidad.⁷²

En ese sentido, el control de convencionalidad se identificaría en mayor medida con la CDFT que garantiza el uso interpretativo del parámetro interamericano. De acuerdo con este apartado, el control de convencionalidad y su equivalencia con la figura de control de constitucionalidad se deriva del hecho que el Tribunal Constitucional haya afirmado ello en la sentencia recaída en el expediente N° 0025-2005-AI/TC391.

En el caso que se menciona, dicho tribunal ha señalado que los tratados de derechos humanos integran el ordenamiento jurídico peruano y detentan rango constitucional, entre ellos se incluye a los que pertenecen al parámetro interamericano, esta ha sido su manera de asumirse como ordenamiento pluralista.

En opinión del Tribunal Constitucional dicha posición se refuerza a partir del artículo 55 de la Constitución Política del Estado que plantea la aplicabilidad

⁷² En el ordenamiento peruano, la figura del bloque de constitucionalidad ha sido incorporada por medio del artículo 79° del Código Procesal Constitucional que establece que para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona”.

inmediata de los tratados en el derecho interno⁷³ en lectura conjunta con el artículo 3 del mismo texto.

En efecto, la cláusula de derechos implícitos otorga el mismo tratamiento a los derechos no enumerados de manera expresa en el artículo 2, siempre que se refieran o que se funden en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

(...) el catálogo de derechos constitucionales no excluye “otros de naturaleza análoga” o que “se fundan” en determinados principios fundamentales del ordenamiento constitucional (...).

Los “derechos de naturaleza análoga” pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución Política del Estado, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudiera identificarse como tal no cabe duda que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte.

En esa lógica el Tribunal Constitucional ha afirmado que los derechos de naturaleza análoga a los que hace mención el artículo 3 pueden incluir a los reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte.⁷⁴

De acuerdo con estos argumentos, los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos se encontrarían en igualdad de condiciones que los llamados “fundamentales” y conforme al criterio de aplicación directa del artículo 55, se utilizarían como norma controladora en sentido directo, no tanto en la lógica indirecta.³⁹⁶

Resulta de relevancia que el Tribunal Constitucional haya señalado que el hecho que los tratados de derechos humanos ostenten el rango de constitucionales los dota de una fuerza pasiva frente a las normas de rango infra-constitucional. En

⁷³ SALMON, ELIZABETH Y NOVAK, Fabián. Óp. cit. p. 113. De hecho, en el constitucionalismo latinoamericano parece haber ejemplos de monismo. Por ejemplo, la Constitución Venezolana de 1993 plantea: Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

⁷⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en Expedientes N° 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC, FJ. 32.

otras palabras está definiendo el control de convencionalidad en términos de control de constitucionalidad.

(...) importa resaltar su fuerza de resistencia frente a las normas de rango legal. Estas no pueden ser contrarias a los derechos enunciados en los tratados sobre derechos humanos. Si estos derechos detentan rango constitucional, el legislador está vedado de establecer estipulaciones contrarias a los mismos.

No obstante ello, la existencia de una cláusula de derechos implícitos no necesariamente conlleva a concluir que todos los tratados de derechos humanos tienen aplicación directa en términos del principio de jerarquía constitucional. En efecto, si bien tendrán relevancia constitucional, podrán canalizarse a través del uso indirecto o directo, dependiendo del rango del tratado que vaya a aplicarse.⁷⁵ Es decir, la cláusula de derechos implícitos no es concluyente en términos de rango; el derecho implícito podría aplicarse de manera indirecta, a través de una conexión con el dispositivo de dignidad de la persona humana, con lo cual, el presupuesto de la aplicación directa del derecho se vería desechado.

Luego de esta explicación se podría afirmar que existen dos vertientes por medio de las cuales se puede justificar de manera expresa la obligación de ejercer control de convencionalidad por parte de los jueces constitucionales peruanos. Ninguno se opone y ambos se armonizan con el artículo 3 del texto constitucional.

En ambos casos, la norma controladora, es decir, el canon de convencionalidad, tiene dos alternativas -directa o indirecta- para relacionarse con el resto de normas del ordenamiento, ello a la luz del principio de jerarquía.

Otras posiciones relativas al rango de los tratados de derechos humanos

En este acápite se mencionan algunas posiciones que difieren de la asumida por el Tribunal Constitucional y pretenden interpretar el silencio del legislador sobre el rango de los tratados.

Al respecto, el profesor César Landa Arroyo ha afirmado que los tratados pueden ostentar una jerarquía superior a la del derecho interno, ya que

⁷⁵ Esta idea se refuerza si es que, como señala el profesor Edgard Carpio, el artículo 3 de la Constitución en realidad se refiere a derechos nuevos, y no a los relacionados con los derechos expresamente reconocidos.

potencialmente pueden modificar la Constitución.⁷⁶ En opinión del autor, la Constitución consagra dicha supraconstitucionalidad a través del artículo 57 de la Constitución que establece el mecanismo de aprobación de un tratado por la vía de reforma constitucional.

En relación con la posición sobre el rango supraconstitucional de los tratados, cabría indicar que quizás se confunde el modo de ratificación del tratado con el rango que le otorga el ordenamiento.

Es cierto que puede haber tratados que para ser parte del ordenamiento involucran la modificación del texto constitucional, pero no por ello estarán por encima del mismo, probablemente luego de incorporados, se encuentren al mismo nivel de la constitución modificada o se consideren parte de la misma.

En sentido opuesto, Novak establece que aunque un tratado se incorpore por la vía de reforma constitucional, este no adquiere rango constitucional, ya que este autor adopta la tesis del rango legal de los tratados en el derecho interno. En efecto, indica que la Constitución no se modifica, sino que rige fuera del ámbito de aplicación del tratado y recuperará su plena vigencia en caso de que este último fuera objeto de denuncia.⁷⁷

Esta alternativa parece un poco forzada, aunque trata de articularse con el artículo 200,4 del texto constitucional sobre el control normativo de los tratados. No obstante ello, el dispositivo mencionado no debiera ser determinante para atribuir rango legal a los tratados, tal como se indica en el acápite 3.1.4.

Además, esta es una posición excesivamente formalista, que deja de lado algunos aspectos materiales que permitirían elevar a los tratados de derechos humanos a la categoría de norma máxima del ordenamiento que se han planteado en el capítulo 2 de este trabajo y también olvida que existe una constante interacción e integración entre las fuentes del derecho interno y el derecho internacional.

Algunos de estos son la base común que sustenta tanto a los tratados de derechos humanos y los derechos fundamentales reconocidos en la constitución, o la propia práctica de la judicatura que utiliza a los tratados en sentido directo o indirecto en los procesos de control constitucional.

⁷⁶ LANDA ARROYO, Cesar. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. 2da edición. Lima: Palestra, 2003, p. 781.

⁷⁷ NOVAK TALAVERA, Fabián y SALMON GARATE, Elizabeth. Op. Cit. p. 114.

En relación con estos temas, Landa Arroyo ha establecido que es la tesis de la coordinación el pilar que sustenta la relación entre derecho interno y derecho internacional. Si es que se opta por esta alternativa, cabría preguntarse sobre su influencia en el rango de los tratados o en su ubicación en el sistema de fuentes del derecho.

Sobre el punto, Markus Kotzur señala que el derecho constitucional y el derecho internacional tienen múltiples interrelaciones como consecuencia del modelo cooperativo de Estado. Citando a Smend, reitera que las relaciones entre Estados son de intercambio, es decir, de configuración recíproca y autoconfiguración.⁷⁸

En el mismo sentido, Peter Häberle sostiene que “*el derecho de cooperación común*” supone que se vaya más allá de la alternativa clásica de dichas tesis de incorporación, y se basa en términos de configuración mutua, con lo cual se elimina el criterio de prevalencia de un derecho sobre otro.⁷⁹

Atendiendo a lo que señalan estos autores, podría plantearse que no existe una regla predeterminada que se base en la jerarquía del derecho internacional sobre el interno y viceversa. Por el contrario, debiera primar cualquiera de las normas que brinde una mayor protección a los derechos del individuo, algunos le llaman la regla *pro personae*.

En función de ello, Landa, por ejemplo, opta por reconocerles -como mínimo- una posición de rango constitucional a los tratados de derechos humanos (ya se ha criticado su posición en torno al rango supraconstitucional), a partir de lo que él denomina la teoría de la razonabilidad.

De acuerdo con la misma, el ordenamiento jurídico es un proceso social que busca encontrar soluciones justas a los conflictos de la sociedad, por ello en casos de conflictos entre normas nacionales y los tratados, prevalece la norma que con mayor legitimidad resuelva el hecho a normar.

⁷⁸ KOTZUR, Markus. “La soberanía hoy. Palabras clave para un dialogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno”, en: HABERLE, Peter y KOTZUR, Markus. De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. Consulta: 30 de abril de 2010. <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/545/4.pdf>

⁷⁹ HABERLE, Peter. Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta, p. 290.

No obstante lo mencionado, luego el ex magistrado del Tribunal Constitucional reconduce dicha conclusión a los términos del positivismo y la pirámide del jurista austriaco de origen judío Hans Kelsen, identificando en sentido formal y material a los tratados de derechos humanos con el concepto de constitución. De otra forma no sería posible que los tratados se relacionaran con la constitución en términos de coordinación.

En efecto, el tipo de relación que existe entre el derecho internacional y el derecho constitucional puede rebasar la opción del constituyente sobre el tema, puesto que en determinados casos a pesar de haber optado por brindar un rango legal a los tratados de derechos humanos, la realidad demuestra que las relaciones entre ambas ramas del derecho se sustentan en la lógica de horizontalidad y no se invalidan entre sí.

Concurre entre ellas un vínculo basado en la lógica de armonización, en la prevalencia del principio *pro personae* antes que en la inamovilidad de reglas derivadas de dispositivos legales que no se corresponden con el contexto.

A pesar de ello, pareciera ser relevante tener clara la ubicación formal de los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes, no tanto para aferrarse a ella, pero sí para reubicar a estos instrumentos (ya sea en sentido directo o indirecto) en la pirámide como lo hace Landa; o en todo caso para indicar que una discusión sobre este punto parece más bien obsoleta, más aun cuando la configuración de las reglas jurídicas no son inamovibles y son innovadas de manera constante por los distintos actores que aplican y crean derecho.

El bloque de la Constitucionalidad

El bloque de la Constitucionalidad debe entender como: *“el estándar mínimo”* creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; es un estándar que las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también formen parte del *“bloque de constitucionalidad/convencionalidad”* otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales.

El bloque de constitucionalidad implica tanto las normas nacionales como un bloque de convencionalidad conformado por los instrumentos arriba señalados, contemplando tanto la Constitución como los tratados y los valores, principios y reglas de ahí derivados.

Relación del bloque de constitucionalidad con el control de convencionalidad y el de constitucionalidad

El marco en que debe realizarse el control de convencionalidad es el mismo que utiliza un juez al aplicar el control difuso de constitucionalidad, pues realiza una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad y si este se encuentra conformado por el bloque de convencionalidad, en el mismo ejercicio el juez realiza el control difuso de convencionalidad. En otras palabras, el control de constitucionalidad debe atender el control de convencionalidad, esto es, que las normas constitucionales sobre derechos humanos deben interpretarse también de conformidad con los tratados internacionales y con la jurisprudencia convencional.

La competencia de la Corte Interamericana en la verificación de la aplicación del control de convencionalidad por parte de los Estados

La Corte Interamericana realiza un permanente control de convencionalidad al momento de analizar los diferentes casos que se someten a su competencia contenciosa⁸⁰. Sin embargo, cabe destacar lo ocurrido en el caso Cabrera García y Montiel Flores en el que por primera vez un Estado opuso una excepción preliminar alegando que había aplicado debidamente el “*control de convencionalidad*” en la jurisdicción nacional.

Efectivamente, en dicho caso, México opuso una excepción preliminar de “cuarta instancia”, planteando que “*la Corte no podía determinar si los tribunales nacionales aplicaron correctamente el derecho interno o si el fallo emitido fue equivocado o injusto*” y que sólo “*debería determinar*” si el proceso judicial penal “*se apegó a los principios de garantía y protección judicial consagrados en la Convención Americana o si existe algún error judicial comprobable y comprobado que acredite una grave injusticia*”. Así, agregó que en el caso “*se buscaba revisar lo*

⁸⁰ Sagüés se ha referido a esta facultad como “control de convencionalidad en sede internacional”, en oposición al “control de convencionalidad en sede nacional” que realizan los órganos estatales competentes. SAGÜÉS, Néstor. “Obligaciones internacionales...”, op. cit., pp. 120-121.

ya decidido por los tribunales domésticos”, pese a que estos habrían ejercido “efectivamente el ‘control de convencionalidad’ ex officio”⁸¹.

Frente a ello, la Corte recordó que si bien “no desempeña funciones de tribunal de ‘cuarta instancia’”, sí le compete “verificar si en los pasos efectivamente dados a nivel interno se violaron o no obligaciones internacionales del Estado derivadas de los instrumentos interamericanos que le otorgan competencia”⁸². A partir de ello, el Tribunal observó “que la excepción preliminar presentada por el Estado tomaba como punto de partida que no había existido ninguna violación de derechos humanos [...], cuando era precisamente ello lo que se debatiría en el fondo del asunto”. De esta manera, concluyó que en dicha etapa “se determinaría si el presunto control de convencionalidad que alegó el Estado involucró un respeto de las obligaciones internacionales [...], a la luz de la jurisprudencia del Tribunal y del derecho internacional aplicable”, razón por la cual desestimó la excepción preliminar⁸³.

Como queda en evidencia, el hecho de que un Estado alegue haber aplicado el “control de convencionalidad” en un caso concreto no constituye una excepción preliminar admisible que afecte la competencia de la Corte para pronunciarse sobre el fondo del asunto y analizar las presuntas violaciones de derechos humanos involucradas⁸⁴.

CONCLUSIONES CONSIDERATIVAS

El “control de convencionalidad” constituye una de las medidas que los Estados deben poner en práctica para garantizar el *effet utile* de la Convención Americana y dar cumplimiento a las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación. Así, mientras se mantenga una norma o práctica violatoria de la Convención o se omita crear o aplicar una conforme a la misma, el “control de

⁸¹ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores, Óp. cit., párrs. 12 y 13.

⁸² Ibídem, párrs. 16 y 19.

⁸³ Ibídem, párrs. 21 y 22.

⁸⁴ Para Ferrer Mac-Gregor, las consideraciones del Tribunal frente a dicha excepción preliminar “no otorgan competencia absoluta a la Corte [...] para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, [...] cuestión que claramente excedería la competencia propia de esa jurisdicción internacional al sustituirse a la jurisdicción interna y violentar el carácter subsidiario y complementario esencial de aquélla”. Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 9. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores, Op. Cit.

convencionalidad” debe representar una respuesta para evitar que un nuevo caso resulte sometido a conocimiento del sistema interamericano o que un Estado reincida en la comisión de un acto generador de responsabilidad internacional, una vez emitida una sentencia de la Corte Interamericana que lo involucre.

Se ha descrito en forma sintética, lo que se ha dado en llamar en los últimos tiempos *'control de convencionalidad'*, mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una *'comparación'* entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte IDH; y luego esa tarea debe ser ejercida por el Tribunal regional si es que el caso llega a sus estrados. No será ocioso repetir que el Tribunal Interamericano desde siempre viene haciendo esta revisión. Aunque la terminología aludida, esto es *'control de convencionalidad'* ha sido utilizada en los últimos tiempos a partir de los asuntos que ya hemos citado.

La celebración de Tratados Internacionales y la aceptación de competencia de tribunales internacionales para condenar a los Estados ante una eventual violación del tratado, configura el replanteamiento al clásico concepto de soberanía, toda vez que él se entendía como la no injerencia de lo internacional sobre lo interno, cuando lo cierto es que día tras día el derecho internacional tiene más atribuciones sobre el Derecho interno en cada una de las tradicionales ramas del poder público, ya sea ordenando la creación de políticas públicas por parte del ejecutivo, o la creación de leyes por parte de Congreso, o la correcta administración de justicia en un sentido u otro. Por lo tanto, esta injerencia de lo internacional sobre lo nacional configura un replanteamiento en el concepto clásico de soberanía, que sin dejar de existir deja de ser tan rígido. Lo cierto es que los organismos judiciales internos antes que nada -y esto es obvio- deben cumplir una inspección de constitucionalidad, para evitar que en sus fallos se infrinja la carta suprema del país y en paralelo, ver si tales decisorios se acomodan con las convenciones internacionales ratificadas por el Perú.

El tradicional e importante principio de supremacía constitucional sigue vigente, pero con la salvedad de que él da paso ahora al principio de supremacía convencional, toda vez que al ser el derecho internacional vinculante para el Derecho interno, las ramas del poder público de los Estados deben someterse a la

supremacía de la convención, so pena de incurrir en futuras violaciones de Derechos Humanos y en ser objeto de controles de convencionalidad.

Con respecto al contralor de marras la Corte del Pacto de San José hace referencia a las reglas *legislativas, administrativas* y de *cualquier otro carácter*, lo que implica, como vimos, que la inspección de '*compatibilidad*' con la convención se efectúe sobre todo el material normativo del país. Ha establecido ese cuerpo que los pronunciamientos locales tienen que ser acatados y sólo en circunstancias excepcionales puede la Corte IDH ocuparse de examinar los respectivos procesos internos habida cuenta que ella no lleva a cabo una tercera o cuarta instancia. En ese aspecto ha sostenido que los jueces y tribunales domésticos están sujetos al imperio de la ley y obligados a aplicarla, pero cuando el Estado ha ratificado un tratado como el Pacto de San José '*sus jueces*' como parte del aparato estatal, también están sometidos a él, lo que les obliga a velar para que sus efectos no sean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarios a su objeto y fin.

Esta verificación de convencionalidad tiene un carácter *difuso ya*. que cada uno de los magistrados locales puede y debe cumplir la tarea, sin perjuicio de la postrera intervención de la Corte Interamericana. Como consecuencia de lo expresado, se puede establecer, que no sólo el *Poder Judicial* debe cumplir con las disposiciones del derecho supranacional, sino también el *Poder Ejecutivo* y el *Poder Legislativo*, tanto en el orden nacional, como provincial y municipal, bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado (arts. 1.1 y 2 de la CADH).

Es importante hacer mención que tanto los judicantes nacionales como los de la Corte IDH deben buscar la '*compatibilidad*' entre las normas locales -como reiteradamente lo hemos apuntado- y las reglas de los demás instrumentos internacionales a los que el país ha adherido, Tratados, Convenciones, Resoluciones, Declaraciones, Informes, etc., tales como el Protocolo de San Salvador; el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención de Belém do Para para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer; la Convención sobre Desaparición Forzada; etcétera; que integran el *corpus iuris* convencional de los derechos humanos. Para esto también se debe tener en cuenta la '*jurisprudencia*' de la Corte regional.

A pesar de estos nuevos avances que comienzan a adoptarse a nivel interno en algunos Estados, quedan aún muchos desafíos pendientes en cuanto a la implementación del control de convencionalidad por los diferentes órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles y, más aún, en lo que concierne a *“toda autoridad pública”*, tanto en situación de crisis institucional como en contextos democráticos.

REFERENCIAS

CAPPELLETTI, Mauro, **El formidable problema» del control judicial y la contribución del análisis comparado**, en Revista de Estudios Políticos, ISSN 0048-7694, N° 13, 1980, Traducción de Faustino González.

CAPPELLETTI, Mauro, **La Justicia Constitucional - Estudios de Derecho Comparado**, México, UNAM, 1987, p. 239. Ídem mismo autor, **El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado**.

CARBONELL, Miguel y SALAZAR Pedro (coords). 2011. **La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma**. México: IJ-UNAM.

Convención Americana de Derechos Humanos. **Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969**, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos, Homenaje a Héctor Fix Zamudio, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derechos Procesal Constitucional, México 2008.

Corte IDH. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101.

Corte IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158.

Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154.

Corte IDH. **Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú**, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C N° 144.

Corte IDH. **Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia**, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C N° 13, párr. 198;

Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 135.

Corte IDH. **Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala**, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C N° 133.

Corte IDH. **Caso López Álvarez Vs. Honduras**, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C N° 141.

Corte IDH. **Caso Vargas Areco Vs. Paraguay**, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 155.

Corte IDH. **Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú**, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C N° 160.

Corte IDH. **Caso Boyce y otros Vs. Barbados**, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C N° 169.

Corte IDH. **Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano vs. Chile**, 26 de septiembre de 2006.

Corte IDH. **Caso El Amparo Vs. Venezuela**, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C N° 28.

Corte IDH. **Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador**, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35.

Corte IDH. **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú**, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52.

Corte IDH. **Caso Tibi vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114.

DEL TORO HUERTA, Mauricio. **La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva época, México D. F., N° 112, enero 2005. Consulta: 02-02-2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. 2012. **Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano**, en: Ferrer Mac- Gregor, Eduardo (coordinador).

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, **Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad**, en Estudios Constitucionales, año 9, N° 2, 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno**. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2008.

GARCÍA RAMÍREZ y MORALES SÁNCHEZ. 2011. **La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)**. México: Porrúa y UNAM.

HERNÁNDEZ Rubén. **Las Sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Madrid: CEPC - 2011.

HITTERS, Juan Carlos, **¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?**, La Ley 2008-E.

LANDA ARROYO, Cesar. **Tribunal Constitucional y Estado Democrático**. 2da edición. Lima: Palestra, 2003.

MENDOZA ESCALANTE, Mijail. **Los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación**. consulta: 26 de noviembre de 2011.

MORALES SARAIVA, Francisco. **Interpretación de las normas relativas a los derechos y libertades**. En FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (coordinador). La Constitución comentada: análisis artículo por artículo: obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país. Tomo 2. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

SAGÜÉS, Néstor. 2010. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios Constitucionales**. Año 8. Nº 1. pp. 117 – 136. Chile: Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Tela.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Caso 6/64, "**Costa vs. ENEL**", en E.C.R., 1964.

ZÚÑIGA, Natalia Torres. **El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)**". Tesis para optar el Título de Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2012.

O HOMEM E O CAVALO, OSWALD DE ANDRADE: O TEATRO ÉPICO E A LUTA DE CLASSES

Ana Carolina de Azevedo Mello¹

INTRODUÇÃO

O primeiro marco da literatura dramática moderna no Brasil, segundo a crítica e o consenso geral, foi a peça *Vestido de Noiva*, de Nelson Rodrigues. Sua montagem, no ano de 1943, feita por Ziembinski para Os Comediantes, favoreceu para que recebesse os louros de uma dramaturgia inovadora para um Brasil que, embora haurido da Semana da Arte Moderna de 1922, ainda vivenciava as comédias de costumes ao gosto do público.

Contudo, é substancial reivindicar o empenho de Oswald de Andrade em produzir uma dramaturgia inovadora, capaz de inaugurar uma arquitetura cênica inédita no Brasil, já na década de 30, por meio de seu teatro eminentemente político: *O rei da vela* (escrita em 1933 e publicada em 1937), *O homem e o cavalo* (1934) e *A morta* (1937) que, segundo Sábato Magaldi (2004), “além de uma mudança formal, desejava atacar uma questão nunca presente em nossa dramaturgia: a luta de classes”.

É fato que a imposição do Estado Novo e a insuficiência de uma equipe de teatro capaz de encenar as peças de Oswald, não permitiram que sua dramaturgia se completasse no palco, com exceção de *O rei da vela*, lançada pelo Teatro Oficina, apenas no ano de 1967. Porém, é inegável que o tratamento contemporâneo e as inovações estéticas da obra de Oswald de Andrade, possuem certas similitudes com a peça *Vestido de Noiva*, de Nelson Rodrigues, que recebeu a primazia da criação do teatro moderno no Brasil.

É oportuno, portanto, analisar as inovações formais na produção teatral de Oswald de Andrade, para que se reconheça sua importância nesse processo de modernização da dramaturgia brasileira. Para tanto, escolheu-se, como corpus de

¹ Mestre em Letras - Estudos Literários pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. Especialista em Alfabetização e Letramento e Graduada em Letras pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Docente da Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti – FEATI. (anacarolinamello@outlook.com.br)

análise, a peça *O homem e o cavalo* (1934), que além de apresentar o modelo soviético idealizado por Oswald, bem como a visão de mundo de um dramaturgo crítico e engajado, se mostrou bastante consonante com o discurso das correntes críticas em voga na Europa, na primeira metade do século XX.

O homem e o cavalo apresenta o julgamento da sociedade capitalista - que tem em instituições como a religião, o matrimônio e a história os pilares de sua sustentação - pela nova sociedade soviética. Sua análise permite perceber o posicionamento político de esquerda de Oswald de Andrade, que se aproxima do teatro de Brecht, ao optar por um teatro que procurasse denunciar as estruturas do sistema social, político e cultural a fim de transformar hábitos e crenças em relação ao capitalismo.

Pretende-se, portanto, neste artigo, identificar algumas das inovações teatrais presentes em *O homem e o cavalo* (1934) com o intuito de resgatar a importância da dramaturgia de Oswald de Andrade no processo de modernização do teatro brasileiro. Para tal empenho, serão utilizados como fundamentos metodológicos as contribuições de Peter Szondi e Anatol Rosenfeld para o estudo do drama moderno e do teatro épico, correntes com as quais o objeto de estudo estabelece relações.

Em um primeiro momento, buscar-se-á localizar o teatro de Oswald no contexto do Modernismo e da antropofagia. Em seguida, serão apresentados o contexto de formação do drama moderno e estudos sobre a teoria do teatro épico, que servirão de base para a análise, que será realizada posteriormente, sobre os aspectos épicos presentes na peça.

OSWALD DE ANDRADE: O ANTROPÓFAGO DO MODERNISMO

Oswald de Andrade foi um dos líderes de uma revolução cultural que abalou a república na primeira metade do século XX, a Semana de Arte Moderna, de 1922. Autor do Manifesto Antropófago e do Manifesto da Poesia Pau-Brasil, ele representa um dos cortes mais profundos do Modernismo brasileiro em relação à cultura do passado, acompanhando as renovações que ocorriam concomitantemente no mundo.

A semana de Arte Moderna, de 1922, introduziu o espírito contemporâneo na criatividade brasileira, em literatura, nas artes plásticas e na música. Contudo, segundo Sábato Magaldi (2004), durante muitos anos, o teatro brasileiro permaneceu alheio às propostas estéticas do modernismo, uma vez que era difícil

pensar em uma consciência de grupo voltado para o teatro, que revolucionasse a totalidade do espetáculo.

Oswald de Andrade inicia sua produção como dramaturgo em um momento em que a modernidade teatral brasileira encontrava-se fortemente marcada pelas renovações da dramaturgia estrangeira, pela efervescência das vanguardas europeias e pelas propostas do modernismo. É fato que, desgostoso com o provincianismo da cena brasileira, escreveu, em 1916, as peças *Leur âme* e *Mon coeur balance*, em francês, que não almejaram teses sociais combativas. Entretanto, a contribuição verdadeiramente significativa dada pelo escritor ao teatro nacional ocorreu na década de 1930, com o lançamento de três importantes textos dramáticos, que tentavam produzir uma teatralidade brasileira antiburguesa: *O homem e o cavalo* (1934), *O rei da vela* (escrita em 1933 e publicada em 1937) e *A morta* (1937).

É lícito somar sua própria contribuição para a modernização da literatura brasileira, concentrada especialmente no conceito de antropofagia como princípio de criação artística, de relação com a cultura do outro e com a tradição literária nacional. Os diferentes estilos de cada peça atestam o seu experimentalismo infatigável, incapaz de repetir soluções encontradas, não aceitando modelos:

Sob qualquer ângulo, a criação de Oswald ressuma o tratamento contemporâneo. O rei da vela adota, em princípio, a forma paródica, veiculada por Alfred Jarry em *Ubu-Rei*, obra seminal da vanguarda, que empolgou o palco francês apenas na década de cinquenta. (...) A morta, qualificada como “ato lírico” realiza a síntese entre as pesquisas formais e a inspiração poética de Oswald, a que não faltou, nessa fase, o forte cunho social (MAGALDI, 2004, p. 296-297).

Defensor de uma arte engajada, não poupou esforços para distanciar-se e transformar esse mundo. Foi um provocador, polemista, iconoclasta, piadista, irônico, revolucionário, criticando o academicismo e a própria burguesia, classe de que se originara, escrevendo a partir do momento contemporâneo e do tamanho das necessidades e questões brasileiras.

A DEGLUTIÇÃO CULTURAL DE OSWALD DE ANDRADE

Autor de onze livros, seis peças de teatro e sete manifestos, Oswald de Andrade marcou na literatura uma mastigação contínua e obstinada do mundo e de seus conflitos, devorando as turbulências da primeira metade do século XX. Propôs

uma revolução estética para a literatura, com a renovação dos modelos artísticos, capazes de alterarem profundamente a política e a cultura das sociedades ocidentais, por meio de um movimento radical: a antropofagia, corrente estética-ideológica na tradição cultural brasileira, idealizada pelo próprio Oswald.

O *Manifesto Antropófago*, publicado em 1928, sob a influência de movimentos da vanguarda europeia e do canibalismo tupi, extrapola os limites do Modernismo, radicalizando as propostas do Manifesto Pau-Brasil (1924), quando preconiza uma volta ao primitivismo cultural e propõe a devoração da cultura estrangeira, por meio da antropofagia, assim como os índios primitivos, que pela prática da canibalização, não comiam um inimigo por nutrição, mas para incluir em si suas qualidades.

Pela vertente da antropofagia, Oswald de Andrade acrescenta elementos revolucionários em sua produção literária que de certa forma, atualizam, brasileiroamente, as vanguardas europeias, tais como: a paródia, o humor e a intertextualidade, entre outras. Especificamente, em *O homem e o cavalo*, apresenta uma série de inovações formais, aliadas a uma visão crítica da história, com o intuito de deglutir a sociedade, a política, a religião, a mitologia, a filosofia, a arte etc., e transformá-las em uma arma militante contra o capitalismo. É, portanto, por meio da antropofagia que a peça é escrita, Oswald devora a dramaturgia tradicional e produz uma nova e carnavalizada forma dramática.

Seu engajamento político e ideológico se exacerba após confirmar sua adesão ao comunismo, quando esteve entre os participantes da Conferência Regional do Partido Comunista, no Rio de Janeiro, em 1931. Em 34, publica a peça *O homem e o cavalo*, por meio de uma síntese muito bem elaborada entre elementos de inovação da forma dramática e o conteúdo ideologicamente marcado pelo posicionamento político de esquerda assumido pelo autor.

Oswald preocupa-se em produzir um teatro capaz de atuar na conscientização política do povo e gerar uma mudança social. Neste sentido sua produção aproxima-se do posicionamento político de Brecht e do teatro épico, afastando-se dos modelos clássicos do gênero dramático do ocidente, por meio das inovações formais presentes em sua produção.

Muitas semelhanças são encontradas entre, Brecht e Oswald, o que se faz acreditar que Oswald baseou-se no autor para escrever sua dramaturgia épica. Contudo, não teve contato com a produção de Brecht, visto que sua produção é quase concomitante a ele. Oswald, por meio de seu modernismo e por suas

inovações, procurou uma forma própria para representar processos coletivos, em prol de uma luta de classes. Através dessa vertente, articula arte e sociedade, utilizando-se do fracionamento épico da história.

Assim como Oswald, Bertold Brecht foi marxista, comunista, stalinista, poeta, dramaturgo e um revolucionário cultural. Brecht foi um dos dramaturgos mais influentes de seu tempo, a primeira metade do século XX. Oswald produziu peças experimentais que se tornaram precursoras do teatro moderno brasileiro.

Brecht continua com o mérito de ter abalado a estrutura da antiga encenação em três atos. Porém, Oswald, em 1934, preferiu escrever uma peça, cuja ação se realiza em nove quadros, em vez dos atos tradicionais.

Ambos utilizaram-se da paródia para denunciar a falsidade dos valores burgueses e encontraram no teatro uma forma de atuação política. Brecht entrou para o partido comunista em 1930, Oswald filiou-se em 1931. Quiseram deixar claro o caráter de artifício da arte para, assim, destacar a manipulação das estruturas que o capital continuamente orquestra. Para tanto, encontraram no teatro épico, que também poderia ser chamado de teatro didático, a possibilidade de escrever a realidade, de forma combatente.

A CONSTRUÇÃO DE UMA DRAMATURGIA MODERNA

Com o intuito de apresentar as inovações da dramaturgia de Oswald de Andrade, presentes em *O homem e o cavalo* (1934), faz-se necessário resgatar, por meio de uma breve explanação, os conceitos de drama moderno, até meados do século XX.

Em Teoria do drama moderno, Peter Szondi apresenta um quadro conceitual para a formação da dramaturgia moderna, que se localiza na segunda metade do século XIX e primeiros decênios do XX, e aponta por uma crise da natureza dramática descrita por Aristóteles em sua Poética.

O diálogo entre as personagens, na dramaturgia clássica, faz-se necessário para que ocorra a ação dramática. Na dramaturgia moderna, o diálogo perde a sua funcionalidade dramática, pois representa muito mais um falar para dentro do que um falar para o outro, uma vez que a ação, no drama moderno, situa-se muitas vezes para além do momento representado pelo texto, o tempo faz parte do passado das personagens, ao contrário da dramaturgia clássica, na qual a ação realiza-se sempre no tempo presente.

A preocupação em construir uma forma dramática capaz de representar os fatores externos à ação dramática em si, tais como a estrutura social e situação econômica e política que envolve as personagens da peça, é uma nova vertente da dramaturgia moderna.

Surge, então, uma tradição antidramática, que contradiz os fundamentos do gênero dramático, por meio da introdução de elementos épicos na forma do drama, os quais serão apresentados na sequência, que desemboca em manifestações como o teatro épico de Brecht e, de certa forma, no teatro de Oswald de Andrade.

O GÊNERO E SEUS TRAÇOS ESTILÍSTICOS FUNDAMENTAIS

Embora elementos da linguagem épica existam no teatro desde os seus primórdios, o Teatro Épico surge com o trabalho prático e teórico de Bertolt Brecht. Trata-se, pois, do resgate de um termo antigo para conceituar uma nova linguagem cênica. O drama político acaba por esfacelar o caráter absoluto da forma dramática, visto que “a referência a algo extrínseco a ela, não é o princípio formal do drama, mas da épica. Por isso, o drama social é de essência épica e uma contradição em si” (SZONDI, 2001, p.77).

Segundo Anatol Rosenfeld (1997), o gênero épico é mais objetivo que o lírico, pois se emancipa em larga medida da subjetividade do narrador, o qual não exprime os próprios estados de alma, mas o de outros seres. Além disso, participa em maior ou menor grau de seus destinos e está sempre presente através do ato de narrar. É preciso pressupor a existência do ouvinte, do leitor, do espectador, uma vez que se narra para alguém. Para tanto, o narrador deve possuir uma atitude distanciada e mais objetiva. Predominam-se o tempo pretérito e a função mais comunicativa que expressiva da linguagem épica dá ao autor mais fôlego para desenvolver, com calma e lucidez, um mundo mais amplo.

Sabe-se que o teatro épico se constrói por uma variedade de fatores, separando-se apenas didaticamente a forma do conteúdo – que, de fato, mantém entre si uma relação dialética de enormes implicações teóricas –, e que exige a busca de um pensamento crítico. Para que o último seja atingido, é necessário que forma e conteúdo se desloquem do tradicional para reverter os sentidos que os neoclássicos julgavam poder classificar. A forma não é algo fixo a ser preenchido por material sócio-histórico, mas é ela também um enunciado, como explica Peter Szondi (2003).

O teatro épico pode ser entendido, portanto, como aquele que utiliza uma série de instrumentais que se ligam à técnica narrativa do espetáculo, como: a quebra da ilusão cênica e da unidade aristotélica de tempo e espaço, a comunicação direta entre ator e público, a música como comentário da ação, ruptura com personagens psicologicamente construídos, o posicionamento do ator como um crítico das ações da personagem que interpreta, e como um agente da história, relação com a realidade, e ao mesmo tempo processo alegórico.

Outro fator importante de inovação gerada pelo drama social é o fato de que este tipo de peça tem que incorporar em sua estrutura formal a representação de um processo histórico, em que a história passa a ser objeto das manifestações dramáticas. Estas, por sua vez, se veem obrigadas a encontrar soluções formais capazes de dar melhor tratamento à abordagem do novo objeto. Segundo Sábato Magaldi (2004), “o homem e o cavalo aproxima-se do gênero épico na medida em que Oswald pretende passar em revista os grandes acontecimentos da humanidade”.

Talvez se diria melhor que o uso específico dos gêneros – a sua mistura, os traços estilísticos com que se apresentam (por exemplo, o gênero dramático com forte cunho épico) – adapta-se em grande medida à situação histórico-social e, concomitantemente, à temática proposta pela respectiva época (ROSENFELD, 1997, p.32).

Partindo desses pressupostos, do teatro épico, buscar-se-á, por meio da peça *O homem e o cavalo*, demonstrar o empenho de Oswald de Andrade em encontrar soluções, por meio de inovações técnicas e pelo fracionamento épico da história, para se construir um teatro que fosse capaz de atuar na conscientização política e social do Brasil.

O HOMEM E O CAVALO: ESPETÁCULO EM NOVE QUADROS

O homem e o cavalo (1934) recebeu o subtítulo cênico de espetáculo e pode ser considerada uma arma de militância de Oswald de Andrade, que apresenta o julgamento da sociedade capitalista e de seus pilares: o cristianismo, o matrimônio e a história, pela implantação de uma nova ordem social, o socialismo.

(...) vou explicar-lhe o que é *O homem e o cavalo*. É uma peça da alta fantasia onde coloco o homem na transição – entre o cavalo de guerra e o de turf (sociedade burguesa) e o cavalo “a vapor” (sociedade socialista).

Para pôr em choque os dois mundos, faço o professor varar a estratosfera e ir buscar no velho céu das virgens e de Pedro gente mais reacionária que há. Essa gente vem encontrar aqui primeiro o Fascismo, depois a Revolução e a Socialização.” – (CARVALHO, 2002, p. 151 – Ponta de Lança, São Paulo, Globo, 1991, p. 51).

Na peça, a ação se realiza em nove quadros, sempre em cenários diferentes, em vez dos atos tradicionais. Os quadros, aparentemente, são soltos e desconexos, contudo, são justapostos e ao serem unificados, dão sentido ao final da peça, como ocorre no teatro épico de Brecht.

Muitos personagens formam o elenco. Contudo, Oswald escolheu escrever a peça sem um único protagonista e não se preocupou em criar personagens para determinado quadro e, em seguida, excluí-los, visto que os mesmos não são analisados psicologicamente, o que justifica o desfile de um grande número de figuras: garças, marinheiros, soldados, cavalos, marcianos, crianças, médicos, cachorrinho Swendemborg, São Pedro, Poeta-Soldado, entre outros.

Há em *O homem e o cavalo*, outro recurso muito utilizado, a “fragmentação” do tempo, da história, no caráter antropofágico da peça, que devora a história e propõe uma nova forma de contá-la; do espaço, pois não existe causalidade que justifique a mudança de cenário; das personagens, pois não são representadas em sua individualidade, são vistas como estilhaços da sociedade, são catedráticas, alegorias.

“O homem e o cavalo é assim sua mais radical experiência de “refundição de formas coletivas”, que segundo o escritor pediam a sujeição das personagens ao catedralismo da história, para que o homem deixe de ser apenas um indivíduo “interessante e novelesco”.” (CARVALHO, 2002, p.152)

Na forma dramática de teatro, o palco corporifica uma ação. Em *O homem e o cavalo*, o cenário é um dos princípios que dinamizam a peça, ele relata a ação. Oswald utiliza-se da exposição do aparato cenotécnico para ironizar a composição. Outro princípio que dinamiza a ação é ligado à mudança das funções das personagens.

Um aspecto fundamental do teatro épico que se faz presente na peça é o caráter didático, uma vez que o espectador é levado a tomar decisões:

A História é posta sob julgamento perante o olhar do leitor/espectador. Ele é uma espécie de juiz da sua própria consciência. [...] Aí está o didatismo oswaldiano, claro e cristalino: a personagem central da peça é a História da

humanidade e o Homem o seu principal protagonista (GARDIN, 1995, p. 131).

Oswald demonstra sua intencionalidade antropofágica, devorando literatura, história, filosofia, arte, política, religião e mitologia, de forma a utilizá-los para contestar, dentre outros alvos de crítica, o discurso da história e a hipocrisia da moralidade cristã. Para tanto, utiliza-se da intertextualidade e da paródia, recursos que serão apresentados no decorrer da análise dos quadros, que seguem abaixo.

“CÉU”

No primeiro quadro da peça, intitulado “Céu”, já se percebe a preocupação do autor em atacar o discurso religioso, por meio das atitudes das personagens que convivem no céu: São Pedro, as quatro garças, Divo, Poeta-soldado, e o cachorrinho Swendemborg.

As quatro garças são personagens que fazem referência às três graças que habitavam o céu, na mitologia grega. Contudo, são chamadas de garças, o que pode ser considerado um abasileiramento da *garce* francesa, as quais eram consideradas prostitutas. Como é percebido em suas falas, o ambiente do céu é tedioso e as atitudes dos seres celestiais vão contra aos próprios preceitos religiosos:

BALDUÍNA — Decerto! Lá embaixo contavam que o céu era uma boniteza. Eu fiquei virgem a vida inteira para guardar a castidade praqui! Falavam em festas de entontecer. Cardeais! Ceias. Não encontrei aqui nem um periquito macho pra me coçar...
MALVINA — É verdade que temos São Pedro...
QUERUBINA — Eu prefiro o Poeta-Soldado.
BALDUÍNA — Qual! Outro brocha! É só tamanho! (ANDRADE, 1973, p. 133).

Na ambientação do cenário, percebe-se uma crítica ao slogan do integralismo, por meio dos dizeres: Deus – pátria – bordel – cabaço. Oswald ironiza a composição, também, por meio de objetos cenográficos: como o carrossel e o elevador inutilizados e as placas de reservado nos banheiros: homens, mulheres e anjos.

Com a entrada do Poeta-soldado, personagem fascista, percebe-se a utilização do recurso do “metateatro”. As personagens, portanto, têm consciência de que fazem parte de uma peça teatral, gerando uma quebra da ilusão dramática:

O POETA-SOLDADO — Você perdeu o senso moral no palco!
O DIVO — Mas isto aqui é céu ou não é céu?
O POETA-SOLDADO — É céu, mas céu moralizado! Censurado!
ETELVINA — Sei disso! Nós estávamos ontem lendo um livro condenado
(ANDRADE, 1973, p. 135).

Novamente, ocorre a ruptura com a ilusão dramática por meio da personagem Poeta-soldado, que com seu modo de falar operístico, dirige-se ao público, em nítido procedimento antiilusionista e, que segundo Sábato Magaldi (2008), antecipa o teatro de agressão, que seria praticado entre nós nos anos sessenta:

POETA-SOLDADO — Eu sou o companheiro de leito da morte! A morte é o cabaço da necessidade! Como é que um espermatozóide pretende ser imortal! **Que és tu, espectador, senão um espermatozóide de colarinho!** E por isto te re-cusas a conhecer a verdade que a guerra traz nas artérias. (grifos meu) (ANDRADE, 1973, p.135).

Divo, personagem supostamente homossexual, entoa de dentro do reservado feminino, uma imprecisa paródia de La Donna è Mobile. É, principalmente, por meio de São Pedro, única personagem que percorre todos os quadros da peça, que Oswald ataca a religião cristã.

Em meio aos latidos do cachorro Swendemborg, sátira ao teósofo Emanuel Swendemborg, avistam um balão que pousa no céu. Trata-se da chegada do professor Ícar, que os leva para o segundo quadro.

“O INTERIOR DE ÍCARO I”

Muda-se o cenário para o interior de uma estratonave, em que há uma figa pendendo no teto, para demonstrar que se trata de uma nave brasileira. Por meio da personagem Ícar e de sua estratonave Ícaro I, Oswald faz uma inversa paródia ao mito de Ícaro, que ao invés de ficar no céu, resolve regressar à Terra, levando todos os seres celestes consigo.

Segundo Magaldi (2008), neste quadro há um aumento do colorido patético do grupo e a peça encontra equilíbrio entre a dramaticidade ridícula das personagens e o dinamismo de uma situação dramatizada ao absurdo.

Oswald critica o futebol brasileiro como uma força alienante vista pelos comunistas, quando ao ouvirem uma notícia do Brasil, ficam preocupados, porém é apenas um gol do São Paulo: “SÃO PEDRO (Fechando o rádio.) — Ora essa! É uma

partida de futebol no Brasil. Podemos ficar tranquilos. As massas iludidas ainda se divertem com isso” (ANDRADE, 1973, p. 149).

“DEBOUT LÊS RATS”

No terceiro quadro, “**Debout lês rats**”, ocorre a chegada do grupo à Terra, na Inglaterra, em um Jóquei Club, em meio a uma corrida de cavalos. Ambientado como um local abandonado, com paliçadas ao fundo, o cenário demonstra a decadência da mais tradicional corrida de cavalos da época. O palco liga-se à plateia, ocorrendo, portanto, a quebra da quarta parede. As personagens perdem sua autonomia e se comportam como público, assistindo ao desfile de cavalos míticos, históricos e ficcionais, o que poderia ser chamado, segundo CARVALHO (2002), de dinamização “espetacular”.

Os cavalos que são apresentados no quadro fizeram parte da história da civilização ocidental, quer como cavalos reais ou figuras mitológicas. Todos se encontram no evento de Derby para uma grande corrida. Na primeira cena, nota-se uma estratégia de Oswald de Andrade em utilizar o recurso da carnavalização para a formalização satírica dos cavalos, misturando temporalidades e fatos históricos. Isso pode ser percebida por meio do diálogo entre o Cavalo de Tróia e o Cavalo Branco de Napoleão, alegorias da história ocidental, que representam parte da sociedade ocidental e burguesa, o declínio que esta vem sofrendo e a necessidade de mudança que apenas se realizará pela revolução social, mudanças, que nesse momento, já começam a ocorrer.

Pode-se perceber uma grande mistura de momentos históricos na peça. Em um mesmo quadro, as ações acontecem no tempo passado, por meio da alegoria de cavalos históricos e do presente, com o vendedor de jornais que anuncia o “Times”, com uma tragédia na estratosfera.

À maneira do mistério medieval, concebido sob a perspectiva da eternidade, Oswald mistura os tempos e utiliza o anacronismo com um elemento de liberdade criadora, que congrega numa mesma imagem toda civilização anterior ao socialismo (MAGALDI, 2008, p.15).

As personagens, em seus discursos, por meio da paródia e da carnavalização de vários momentos da história, com grande conteúdo satírico, além de demonstrarem o vasto conhecimento histórico e crítico de Oswald de Andrade,

apontam para a concepção dessa fragmentação temporal, com o intuito de desconstruir o discurso oficial da história e misturá-los no palco.

SÃO PEDRO — É Bucéfalo. Marcha contra o sol! É a luta contra a Quimera da Paz! Seguem-nos as Amazonas e os Centauros! Venha ver os cavalos corcundas da lenda!
 ICAR (Reanimado, espia por uma pequena abertura.) — Um camelo!
 SÃO PEDRO — É o cavalo de Maomé!
 ICAR — O burro de Sancho Pança botando fogo pelas narinas.
 SÃO PEDRO — É O delírio guerreiro da burguesia!
 ICAR — Daquele lado estão concentrando a Cruz Vermelha!
 SÃO PEDRO — As amantes dos padres. As mulas sem cabeça. Prestam grandes serviços à causa da guerra!
 ICAR — Olá que lindo casal!
 SÃO PEDRO — Ariel na garupa de Pedro o Eremita. Adiante três reis. São os reis magos. Menelick, Tamerlão e Alfonsito!
 ICAR — Olha Nietzsche com aquele frajola!
 SÃO PEDRO — É Parsifal! Reconciliaram-se. Nietzsche conver-teu-se na luta!
 ICAR — E aquele moço chibante! É o Messias. O que deve vir! É Siegfried!
 (ANDRADE, 1973, p. 159).

A mistura de um grande número de cavalos históricos e do cavalo a vapor, símbolo da revolução industrial, que representam períodos históricos distintos da humanidade, visa concretizar uma revisão da história mundial, a fim de se estabelecer uma crítica ao capitalismo e a necessidade de supremacia de uma nova ordem: o socialismo. Além disso, segundo MAGALDI (2008), “o cotejo dos cavalos históricos e mitológicos, e a referência a cavalos de guerra e de corrida, e a “cavalo” (nome popular do câncer venéreo), que se faz no diálogo com as crianças soviéticas, justificam o título da peça.”.

Uma Valquíria nua e mascarada contra gases asfixiantes, montada em um cavalo, atravessaria a plateia e o palco, caso a peça fosse encenada, encerrando o quadro como a metáfora da anúncio de uma guerra química.

“A BARCA DE SÃO PEDRO”

No quarto quadro: “A barca de São Pedro”, há um diálogo carnavalizado entre as personagens de vários períodos históricos e de origem burguesa. As personagens encontram-se na Barca de São Pedro em busca da terra socializada, ao contrário do céu, a promessa de felicidade encontra-se na Terra, no socialismo.

A partir do quarto e quinto quadro ocorre, porém, uma queda no nível do sarcasmo poético e do experimentalismo cênico que até então definiam a

peça. É proporcional ao empenho do autor em afirmar valores positivos da Revolução e do Socialismo (CARVALHO, 2002, p.156).

O cenário representa a barca de São Pedro, o vaticano sobre uma jangada, há um dancing, altares, hermas falantes - que seriam Lord Capone e Mister Byron - e cartazes indetificadores. A barca simboliza a Igreja Católica, corrompida pelos anos em que esteve aliada ao poder, pois é representada como um bordel, na qual convivem no dancing comandado por Cleópatra, São Pedro, Mister Byron e Lord Capone.

Há uma personagem elencada para representar o trabalhador e sua condição alienadora, o Mestre da Barca, que passa a enfrentar a burguesia e discursar a favor da transformação socialista. A partir desse momento, a peça passa a mostrar um trabalhador diferente dos quadros iniciais. Agora ele é ativo nos discursos e na ação, a ponto de conduzir todas as personagens para a terra socialista. A Igreja corrompida e a burguesia degradada são conduzidas pelo trabalhador à terra socialista

“S.O.S”

No quinto quadro, intitulado “S.O.S”, a sociedade burguesa pede socorro ao aportar da barca em uma cidade industrial na URSS, em meio a uma guerra em andamento. O cenário deste quadro é mesmo do anterior. “Em cima dança-se continuamente. Ao fundo dos estaleiros, arranha-céus iluminados. Cidade industrial. Noite. Do outro lado da plateia, uma divisão naval. Sinais. Foguetes de guerra. Holofotes.” (ANDRADE, 1973, p. 173).

A técnica da conversação também inicia como no quadro anterior, por meio do diálogo entre Lord Capone e Mister Byron, que demonstra a quebra da ação das personagens que dançavam no bordel de Cleópatra, mas que ao perceberem que se encontram em meio a uma revolução popular, ficam inconformadas com o povo estar tomando poder.

MISTER BYRON — Save our souls!
 LORD CAPONE — Save our ships!
 MISTER BYRON — Me tirem daquil
 LORD CAPONE — Ah! Minhas metralhadoras de Chicago!
 UMA VOZ (De um comício no cais.) — Camaradas! A burguesia subestima a nossa capacidade de viver. Somos uma classe que nasceu sob o chicote dos horários capitalistas. Sabemos trabalhar! Saberemos comer!

OUTRA Voz — Abordai a barca podre de São Pedro que submerge e faz água! Desmantelai a velha sociedade!
 LORD CAPONE — Save our souls! MISTER BYRON — Save our ships!
 Tumulto no cais.
 VOZES DO CAIS — Abaixo a ordem burguesa! Abaixo! Viva o poder proletário! (ANDRADE, 1973, p. 175).

Surge, porém, um foco de revolta, no interior da Igreja e, sob o comando do Mestre da Barca e do soldado vermelho John Reed, a revolução também se instaura na barca de São Pedro, revolta engrandecida com frases épicas, que torna os personagens do velho mundo impotentes. Dessa forma, Oswald de Andrade demonstra a necessidade da revolução para o alcance de uma nova sociedade. Novamente o fascismo constituiu-se como um elemento necessário para a tomada de consciência do povo para uma guerra em prol revolução, em oposição à velha sociedade burguesa:

O MESTRE (Aparecendo ao fundo e falando aos marinheiros.) — Escutai a palavra dos vossos condutores. É preciso atizar as faíscas da luta de classes! É preciso fazer sair da indignação popular um imenso incêndio! É preciso levantar os trabalhadores contra a infâmia e a desgraça do mundo capitalista. O imperialismo procura resolver as suas contradições pelo fogo e pelo ferro! Trabalhadores do mundo, soldados e marinheiros! Levantai-vos e lutai contra a guerra! Guerra à guerra imperialista! Refleti sobre as privações, a miséria, as crianças esfaimadas, as montanhas de cadáveres, os mutilados e os órfãos que a guerra exige! Levai às amplas massas o vosso grito de rebelião! (ANDRADE, 1973, p. 180).

Percebe-se o uso do recurso da carnavalização, por meio da sátira feita à Cleópatra, rainha do Egito, uma das mulheres mais conhecidas da história da humanidade, que suicidou com uma cobra a fim de evitar sua exposição em um triunfo romano. Em “O homem e o cavalo” passou a ser comandante de um bordel e para salvar-se da revolução vivenciada na barca, escolheu-se, “novamente” deixar-se picar por uma cobra. São Pedro desmoraliza a sua morte ao pedir uma injeção antiofídica para salvá-la. O tumulto cresce, os marinheiros avançam para São Pedro que procura defender o corpo de Cleópatra e a “A Internacional toma conta da Barca e do Mundo”. (ANDRADE, 1973, p. 181).

“INDUSTRIALIZAÇÃO”

No sexto quadro, “Industrialização”, o cenário é a entrada monumental da maior usina do mundo socialista. O texto é escrito, nessa parte, como o presente perfeito, com a intenção de definir o socialismo como o mundo do presente.

São Pedro, Ícar e sua esposa dialogam diante da usina onde se dão conta do nascimento de uma nova era anunciada pelas vozes de Stálin e Eisenstein. Eles proclamam os chavões da nova sociedade, uma abstração utópica de Oswald de Andrade que pretende apresentar as maravilhas do perfeito mundo socialista, regime capaz de promover o bem-estar social através do desenvolvimento tecnológico acompanhada de uma justa distribuição de riquezas.

A VOZ DE EISENSTEIN — Eu vos apresento os documentos da transformação do mundo. A vitória encarniçada do proletariado na frente camponesa, na frente industrial. Nem bandeiras ao vento nem gritos nem canhões! Mas as cargas da cavalaria-vapor, na construção do socialismo! [...] Na nossa gota de água se reflete o horizonte infinito da nova era social. Estações experimentais. Fazendas modelos. Laboratórios, escolas. O operário estudante, o camponês estudante. A reprodução consciente e selecionada das espécies animais. O fim da magia. O trator. Inaugura-se por toda a terra coletivizada a época do vapor e da eletricidade (ANDRADE, 1973, p. 189).

Segundo, Sábato Magaldi (2004), a nova voz que se ouve do autofalante é de Eisenstein. Ele também louva o regime, sem suspeitar, que mais tarde, seria censurado por Stálin. É notório, neste quadro, não apenas a crítica ao capitalismo, mas o entendimento de Oswald de Andrade em supor que a revolução socialista não se daria de maneira fácil. Os valores burgueses não serão prontamente extintos pela classe burguesa, conforme explícito no diálogo entre as personagens:

SÃO PEDRO — Que vale tudo isso sem Deus?
 ICAR — Só nos resta a esperança da NEP e a saudade do capitalismo.
 MME ICAR — E esta meia garrafa de vodca.
 SÃO PEDRO — É um mundo que começa.
 ICAR — É Deus que acaba.
 MME ICAR — Blasfemos! (ANDRADE, 1973, p. 190).

A figura do cavalo a vapor é escolhida por Oswald como a imagem emblemática do socialismo, conforme discurso de Stálin.

Passar do cavalo camponês ao cavalo da indústria construtora de máquinas, eis o plano central do poder soviético. Escutai a metáfora Leninista. Passar de uma animalia do campo, do cavalinho que convém a um país arruinado de camponeses ao cavalo que o proletariado procura e deve procurar o cavalo da indústria, o cavalo-vapor (ANDRADE, 1973, p. 187).

“A VERDADE NA BOCA DAS CRIANÇAS”

No sétimo quadro, “A verdade na boca das crianças”, o cenário é o hall de uma creche no país socialista, com brinquedos atuais e cavalos mecânicos. Mme Ícar, acompanhada do esposo e de São Pedro, procuram reencontrar seus filhos desaparecidos durante a revolução e encontram três crianças soviéticas que apresentam a mentalidade implantada pelo socialismo.

As crianças definem a sociedade capitalista como: “o mundo do cavalo de guerra, do cavalo camponês e do “cavalo-doença!”, o que simboliza no título da peça, a sociedade burguesa condenada.” (MAGALDI, 2004, p.123)

A utopia de Oswald Andrade é criticada no que se refere ao discurso das crianças soviéticas, que explicam com boa base de didatismo panfletário, como estava organizada a sociedade anteriormente ao novo regime. Segundo Sábado Magaldi (2010), “é quase inacreditável que um humorista do nível de Oswald, com faro especial para o ridículo, se tenha deixado levar, por uma paixão política, ao absurdo de pôr crianças dialogando no estilo de adultos enfadonhos e bobos, no sétimo quadro da peça”.

A 2.A CRIANÇA — Mas o solo não era de todos?

A 3.A CRIANÇA — Não era não. Nem as máquinas. E os burgueses lutaram séculos para que esse régimen continuasse. Quando as crises apertavam, promoviam guerras patrióticas a fim de massacrar o povo. Os filhos dos ricos não iam para as trincheiras. Os resultados das guerras eram distribuídos entre os ricos. Os soldados que voltavam cegos, mutilados ou sem emprego, eram abandonados pelos seus sinistros empresários e acabavam mendigando nas pontes e nas portas das igrejas.. .

A 2.A CRIANÇA — Igreja?

A 3.A CRIANÇA — Sim, igrejas, bobinha! Não vê que para manter a exploração das massas que trabalhavam, os exploradores, de acordo com piratas que se chamavam sacerdotes, inventavam que havia um ser supremo e terrível que enchia a pança dos ricos na terra e para os pobres reservava o céu... (ANDRADE, 1973, p.194).

Por meio de um discurso parecido com o das crianças, a personagem de um médico, exalta as melhorias soviéticas com o intuito de legitimar o novo sistema de panfletagem técnica do regime socialista. O quadro encerra-se com as crianças socialistas alegando que são filhos de um mundo novo e que não podem gostar de “fantasmas”, da sociedade capitalista.

“O TRIBUNAL”

O oitavo quadro, “O Tribunal” faz o julgamento de Cristo e de outras figuras bíblicas, pelo mundo socialista. Entra em cena o aparato técnico da justiça socialista

no julgamento do mundo antigo, demonstrando o grande proselitismo ideológico de Oswald de Andrade.

A cena representa a sala do ex-prêmio Nobel, transformada em um tribunal revolucionário, que possui uma grande porta abrindo sobre a paisagem clássica de Gólgata, com apenas duas cruzes. Formam o elenco várias figuras do Novo Testamento e da literatura moderna.

O julgamento de Cristo simboliza toda a ideologia subserviente que sustenta a manutenção do capitalismo na sociedade que antecede a implantação do socialismo. Cristo aparece com uma figura reacionária que, mancomunada com as classes de poder, agiu durante milênios para alienar e conduzir as massas no sentido de aceitar passivamente o desenvolvimento do processo histórico que culmina com a ascensão da burguesia ao poder e com a exploração da classe trabalhadora.

Segundo Magaldi (2010) “esse recheio de um julgamento anedótico do cristianismo é que, embora espirituoso, o torna menor em face do significado histórico da presença de Jesus Cristo.”.

A crítica de Oswald de Andrade é dirigida à instituição religiosa em si e não propriamente ao credo ou pessoa de Jesus Cristo. Porém, para questioná-la e desconstruí-la, condena Jesus Cristo, que é acusado por ter compactuado com os interesses da burguesia; relacionar-se com Veronica, Madalena e Teresa de Jesus; Ser um traidor, segundo São Pedro, que negou reconhecê-lo mais de três vezes; Ser filho de Heródes e Salomé, motivo pelo qual foi visitado pelos reis magos e Heródes ter matado crianças inocentes; ser menos digno que Judas; não ter morrido na cruz, uma vez que foi retirado da cruz, ainda vivo, entre outros. Jesus é comparado com Hitler crucificado na suástica, crítica de Oswald de Andrade para significar a opressão que ambos causaram às massas. Além disso, com a socialização, a Igreja e a figura de Cristo devem ser destruídas.

“ESTRATOPORTO”

No nono e último quadro, “Estratoporto”, o cenário representa uma sala de espera da Gare Interplanetária na Terra Socialista e representa a impossibilidade dos remanescentes do capitalismo em sobreviver sob o novo regime. São Pedro toma consciência progressiva dos valores do mundo socialista e dos erros da antiga

sociedade burguesa. Esse processo, segundo Sábato Magaldi (2010), “adquire papel didático significativo para o público”.

Oswald de Andrade demonstra uma mudança de perspectiva sobre o socialismo soviético, uma vez que se trataria apenas de uma nova roupagem para os velhos problemas burgueses. Além disso, o capitalismo não foi totalmente neutralizado na nova sociedade, permanecendo de maneira marginal, demonstrando a impossibilidade de uma ruptura drástica dentro da sociedade, simbolizado pelo burrinho de Jesus.

SÃO PEDRO — Nessa grande festa dos cavalos reacionários faltava um — o principal...
 ICAR — Qual era?
 SÃO PEDRO — O cavalo de Átila.
 ICAR — De fato.
 SÃO PEDRO — É O burro de Cristo. O que fugiu agora. O mesmo.
 ICAR — E que ele pretende?
 SÃO PEDRO — Dissimulado no mais pacífico dos animais, secar os corações por onde passa. Promover, na terra socialista, a reação e a desordem.
 ICAR — Estás ficando bolchevista, Pedro!
 SÃO PEDRO — Não. É o contágio da verdade. Sou um inutilizado para os esforços da socialização, mas conheço a história do mundo! Fui Moisés no Egito, Pedro em Roma... Fui a lei antiga! (ANDRADE, 1973, p. 228).

Depois que Ícar se atira na estratosfera, São Pedro e Mme Ícar abrem uma venda, porque o pequeno comércio (germe capitalista) é permitido no país do socialismo, representando a impossibilidade da ruptura com os valores burgueses no socialismo. Ouvindo os latidos do cachorrinho, São Pedro encerra a peça: “Swendemborg! Fomos julgados!!” (ANDRADE, 1973, p.231).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A peça *O homem e o cavalo* (1934), de Oswald de Andrade, embora não tenha alcançado a eficácia do espetáculo, por não ter sido encenada devido a motivos morais, políticos ou pela linguagem acentuadamente revolucionária para o estado do teatro brasileiro nas décadas iniciais do século XX, concretiza uma importante contribuição para a formação da moderna dramaturgia brasileira. Seu tratamento contemporâneo e suas inovações estéticas possuem certas similitudes, no que tange a elementos de cunho épico, com a peça *Vestido de Noiva* (1943), de Nelson Rodrigues, considerada responsável pela modernização do teatro brasileiro.

O homem e o cavalo assemelha-se ao teatro de Brecht pelo posicionamento ideológico a favor do socialismo, pela utilização da paródia, com o intuito de denunciar a falsidade dos valores burgueses, em não trabalhar as personagens pela análise psicológica, em evitar o conceito aristotélico de provocar empatia na audiência, fazendo o espectador (leitor) racionar, em vez de emocioná-lo. Esse, em síntese, é o teatro épico, que também poderia ser chamado de teatro didático. Assim com Brecht, Oswald também abalou a estrutura da antiga encenação em três atos. Contudo, apesar das semelhanças, Oswald não teve contato com a produção de Brecht ao escrever suas peças. Poder-se-ia, portanto, refletir a respeito de uma lucidez de Oswald em produzir uma dramaturgia que estivesse em sintonia com a contemporaneidade, mas que não fosse uma reprodução de modelos pré-estabelecidos.

É, portanto, por meio da antropofagia, em que a peça é escrita, que Oswald devora a dramaturgia tradicional e produz uma nova forma dramática. Pensar no teatro de Oswald de Andrade, sobre tudo em sua peça *O homem e o cavalo*, seria enunciar várias contribuições em termos de renovação teatral, pois, suas experimentações estéticas oriundas do teatro épico, do metateatro, da antropofagia, da carnavalização e de seu posicionamento ideológico de esquerda, demonstram seu empenho em produzir um teatro verdadeiramente brasileiro capaz de alterar profundamente a política e a cultura das sociedades ocidentais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Oswald de. **Obras Completas** – v.8. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1973.

CARVALHO, Sérgio de. **O drama do impossível**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de São Paulo, São Paulo, 2002.

FAUSTINO, Frederico Henrique. **A modernidade teatral em *O homem e o cavalo* de Oswald de Andrade**. 2010. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina

GARDIN, Carlos. **O teatro antropofágico de Oswald de Andrade: da ação teatral ao teatro de ação**. São Paulo: ANNABLUME, 1995.

MAGALDI, Sábato. **Moderna dramaturgia brasileira**. São Paulo: Perspectiva, 2008.

_____. **Panorama do teatro brasileiro**. São Paulo: Global, 2008.

_____. Teatro de ruptura: Oswald de Andrade. São Paulo: Global, 2004.

PASCOLATI, Sonia Aparecida Vido. **Metateatro**: inscrição do espetáculo no texto dramático. XI Congresso Internacional da ABRALIC. Tessituras, Interações, Convergências. USP. São Paulo, Brasil, 2008.

PRADO, Décio de Almeida. **O teatro brasileiro moderno**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

ROSENFELD, Anatol. **O teatro épico**. São Paulo: Perspectiva, 1997.

SZONDI, Peter. **Teoria do Drama Moderno (1880 – 1950)**. São Paulo: Cosac&Naify, 2001.

REVENGE PORN E AS AFRONTAS AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS NO MUNDO VIRTUAL

Tatiana Manna Bellasalma e Silva¹
Gisele Sanchez Falkowski²

INTRODUÇÃO

O estudo buscou entender a revolução tecnológica e seus efeitos sociais no mundo contemporâneo, bem como as consequências que alteraram significativamente a vida da pessoa humana, a rotina, o modo de trabalhar e de se relacionar com o outro.

Também, foram esclarecidas pontuações sobre os direitos da personalidade com foco na intimidade e privacidade do ser humano, principalmente quando atrelado ao uso da internet, que por meio de redes sociais e aplicativos a vida do ser humano pode se tornar palco de especulação da intimidade não autorizada de outrem. Os danos causados ao ser humano são imensuráveis, quando posta sua intimidade e privacidade “jogada ao vento” por motivo de vingança ou até mesmo uma brincadeira desmedida.

Por intermédio de pesquisas em livros, artigos científicos, leis e doutrinas, buscou-se realizar um trabalho para que possa ser de grande auxílio às pessoas que não têm a percepção do fenômeno do “revenge porn” e os reflexos que deixam marcas profundas e muitas vezes irreversíveis em suas vítimas.

Com esse trabalho pretende-se discutir meios de coibir essa prática e os métodos de repressão, utilizados para inibir atos contra os direitos da personalidade.

REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA: PROCESSO IRREVERSÍVEL

A coletividade contemporânea está diante de um evento irreversível tão importante quanto o evento que houve no século XVIII, conjuntamente com a revolução industrial, transformando o cotidiano da população mundialmente. O evento que modifica de forma continuada a vida do ser humano são as chamadas novas tecnologias, que modifica a vivência do ser humano onde quer que ele esteja. (VIEIRA, 2007).

Com as novas tecnologias as distâncias se encurtaram. Sejam informações, documentos, ou ainda compras internacionais que anteriormente carecia de locomoção, no

¹ Mestre em Ciências Jurídicas pelo UniCesumar - Centro Universitário Cesumar, especialista em direito processual civil pela UNIVEM, graduada pela UEM-Universidade Estadual de Maringá. Docente da EMAP – Escola da Magistratura do Paraná, núcleo de Maringá e FAMMA – Faculdades Metropolitanas de Maringá. Endereço eletrônico: bellasalma@uol.com.br

² Pós Graduada em Direito Aplicado – Lato Sensu pela Escola da Magistratura do Paraná, Graduada em Direito pela Unicesumar – Centro Universitário Cesumar, Maringá, Estado do Paraná, Advogada atuante nas áreas cível e empresarial. Endereço eletrônico: gifalkowski@gmail.com

mundo contemporâneo tudo isso e muito mais pode ser acessado e adquirido com apenas um toque no smartphone ou computador.(FREIRE, 2006. p. 12-13). Não há preocupações com tempo e espaço, vez que, a troca de informações se dá de forma instantânea, como pode se perceber até mesmo com a interação por meio telefônico que, anteriormente, se dava entre duas pessoas, e com o advento da internet essa restrição foi cessada, pois permite a comunicação entre diversas pessoas ao mesmo instante. (ASCENSÃO, 1999. p. 164).

Após o invento dos computadores e dos aparelhos celulares smartphones, conjuntamente com o uso da internet, deu-se a crescente era superinformacional, dando espaço a novas áreas:

A informação, graças à difusão do computador, transformou-se numa mercadoria, uma coleta de dados registrados sob a forma de impulsos magnéticos. Considera-se não só o conteúdo, mas também a forma, que é mensurável com absoluta precisão em termos de custo de produção e de valor de mercado. Dessa maneira, a informação transforma-se em nova matéria-prima, pertencente ao gênero especial dos bens imateriais. A organização produtiva transforma-se de unidade de tratamento de materiais em unidade de tratamento de informações.(PAESANI, 2007, p. 10)

Um tanto espantado, Eric Schimidt certifica que a Internet é a “primeira invenção que a humanidade criou e não entende, a maior experiência de anarquia que jamais tivemos”. (apud CORRÊA, 2000, p. 7).

Modernamente a vida está muito mais acelerada, a por meio do progresso tecnológico que está empregado no cotidiano das pessoas a todo momento, a coletividade da era cibernética avoca a necessidade de atenção em meio a tais evoluções. Através do uso das tecnologias as informações são transmitidas de forma instantânea, mesmo que as informações sejam verídicas ou não, compartilhadas a uma ou mais pessoas. Tanta exposição a vida do outro gerou a necessidade de buscar a tutela de direitos também no meio cibernético, na finalidade de evitar violações ao ser humano. (SILVA e FERMENTÃO, 2015).

Ainda, as informações, uma vez compartilhada com o público em geral, ficam impregnadas no campo da internet ao longo dos anos de forma ininterrupta. (SIBILIA, 2002, p. 52).

Conforme Ana Garriga Dominguez em seu trabalho denominado A Proteção dos Dados Pessoais na Internet: problemas atuais:

As redes sociais têm conduzido a um nível de divulgação de informações pessoais, incluindo um grande número de fotos e vídeos, os usuários e

redes de terceiros, sem precedentes. Cada um dos outros, como foi observado na resolução sobre a proteção da privacidade nos serviços de redes sociais, estão a enfrentar a possível perda de controle. (2013, p. 40-41)

Portanto, o embate entre o público e o privado, na atualidade, trazem novas questões atinentes a vida do ser humano, atreladas a suas particularidades, que por vezes é ocupada de olhares curiosos e lançadas a mitigação pública. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

DIREITOS DA PERSONALIDADE

A palavra “personalidade” (do latim *personalitate*) é definido como “Qualidade pessoal. Caráter essencial e exclusivo de uma pessoa.”(DICIONÁRIO, 1987, P. 1321) “Opõe-se à acepção de generalidade e expressa a singularidade, a independência, a vida autônoma do ente.”(SILVA, 1967, P. 1.154) “Na acepção jurídica, é a habilidade que todo ser humano possui, por força da lei, de exercer direitos e contrair obrigações.”(GUIMARÃES, 1995, p. 437)

Elimar Szaniawski (2005, P. 70) defende que a personalidade se resume no agrupamento de características do próprio ser e consiste na parte inerente da pessoa humana. É por meio da personalidade que a pessoa poderá adquirir e defender os seus demais bens.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2007. p. 62):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

SOUZA (2002. p. 01) também percebe a personalidade sob esta mesma visão, qual seja, a personalidade como o primeiro dos bens jurídicos constituídos do ser humano; define o autor: “a personalidade é um complexo de características interiores com o qual o indivíduo pode manifestar-se perante a coletividade e o meio que o cerca, revelando seus atributos

materiais e morais. Com efeito, no sentido jurídico, a personalidade é um bem, aliás, o primeiro bem pertencente à pessoa”.

Neste sentido, aduz SZANIAWSKI (2002. p. 35):

Personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens (...). Os bens que aqui nos interessam são aqueles inerentes à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros. A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo denomina-se direitos da personalidade.

O núcleo axiológico da Constituição Federal de 1988 é a dignidade da pessoa humana, e nessa perspectiva legislativa estão previstos direitos e garantias individuais e sociais aptos a viabilizar o reconhecimento de que o respeito à dignidade humana é, efetivamente, o fundamento do Estado Democrático de Direito que se constitui a República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF/88). Trata-se, portanto, de um princípio “inspirador” aos direitos fundamentais, “atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano” (MENDES, 2007, p. 227).

A dignidade da pessoa humana traz a tona a necessidade de proteger e garantir os direitos do homem a fim de lhe assegurar as escolhas para seu próprio futuro, sendo a dignidade da pessoa humana um valor indissolúvel. (BARROSO, 2013, p. 61).

No mesmo diapasão, aduz SOUZA (2002. p. 14): Todavia, ainda que o valor da pessoa humana não seja de ordem material, há que se destacar que o dano a esse direito pode sim vir a ser ressarcido de forma monetária, vez que a reparação do dano pode vir a ser pleiteada pela via judicial, consoante orienta Superior Tribunal de Justiça, Súmula 37.³

Quanto a demanda reparatória de danos a personalidade o professor Sérgio Iglesias Nunes de Souza ensina:

poderá, todavia, prescrever o direito de mover uma demanda judicial, em determinadas hipóteses elencadas por lei. É o caso da injúria, ou ofensa à honra, contemplada pela lei de imprensa, segundo a qual o ofendido terá três meses para propor a ação competente. (SOUZA, 2002, p. 12).

³ A cumulatividade dos danos morais e materiais está, expressamente, prevista no Código Civil de 2002, art. 186 cumulado com o art. 927, caput, que dispõem, in verbis: “Art. 86. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e “Art. 927. Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo

Diante do exposto, em compêndio, a normatização da patrimonialidade, inerente à pessoa humana se deu na individualidade do ser humano, vez que a evolução da repressão da coletividade, na finalidade de coibir atos danosos à personalidade, se deu de forma progressiva, o que fez nascer proteção dos direitos personalíssimos do sujeito. (RAMOS, 2002, p. 19).

REVENGE PORN

“Revenge Porn” é a nomenclatura usada primordialmente no ano de 2007 pelo dicionário colaborativo UrbanDictionary.com, para os atuais casos em que pessoas ‘jogam ‘nudes’ de ex-companheiros na ‘rede’, ofendendo os direitos da personalidade de outrem. No Brasil, o termo inglês foi adaptado para: “pornografia da vingança”, que é o ato de tornar público vídeos, fotos e outros materiais de cunho sexual de ex-parceiros e amantes, por ora não permitidos, com a finalidade de expor e/ou denegrir outrem. (MECABÔ, 2015).

A área mais atingida no ser humano, quando vítima de Revenge Porn, é a psicológica, vez que na maioria dos casos acabam por desenvolver distúrbios de culpa, fobia, bem como, acredita que, continuamente, recebe olhares de reprovação ante ao causídico sofrido. Desse modo, a vida pessoal, profissional e sentimental são afetadas de forma tão agressiva que percebemos na mídia até casos de suicídio, quando a pessoa é acometida do infortúnio do Revenge Porn. (MECABÔ, 2015)

Casos como o de Rebeca, do Piauí, bem como o de Tovona Holton, da Flórida/USA, em que a primeira teve vídeo de sexo com seu namorado, “vazado” pelo Whatsapp (BOL NOTÍCIAS, 2013), e o da segunda um vídeo feito pelas amigas enquanto Tovona se banhava, exposto pelo Snapchat (REDETV NOTÍCIAS, 2016), em ambos os casos acabaram por agredir de forma tão rude o psicológico dessas adolescentes que elas não souberam como lidar com tal situação e optaram por cometer o suicídio. Tais incidentes ocorrem incansavelmente, alguns são publicados pela mídia jornalística e outros casos não se tem publicidade, restando apenas a dor da perda de um jovem para a família.

Mesmo em meio a tanta exposição, o direito à intimidade é assegurado pela Constituição Federal (FILHO, 1988, p. 2000).

Sidney Guerra (2012, p. 33) distingue privacidade da intimidade:

Assim, para melhor esclarecimento, verifica-se que a intimidade é algo maior do que a vida privada. A intimidade caracteriza-se por aquele espaço considerado pelo indivíduo como impenetrável, intransponível, indevassável e que diz respeito única e exclusivamente ao próprio, como por exemplo, recordações pessoais, memórias, diários etc.

Quanto a intimidade, doutrinadores como Luiz Arango e San Miguel Rodrigues Garcia ensina: “é o direito de não ser conhecido em certos aspectos pelos demais. É o direito ao segredo, a que os demais não saibam o que somos ou o que fazemos” (GARCIA; ARANGO, 1992, p. 18).

Ainda, segundo Marcel Leonardi (2012, p. 121):

A privacidade, entretanto, tem valor social: ela molda as comunidades sociais e fornece proteção necessária aos indivíduos contra diversos tipos de danos e intromissões, possibilitando que desenvolvam sua personalidade e devolvam à sociedade novas contribuições.

No artigo intitulado “O Sequestro da Personalidade como Núcleo do Dano Existencial na Revenge Porn”, Marli Aparecida Saragioto Pialarissi, (p. 117) refere que:

O dano à honra pode ser ilustrado pela situação em que alguém tem seu perfil, em site de relacionamento, vinculado à comunidade virtual que profere ofensas contra a sua pessoa, causando lesão à sua dignidade. Nesse caso, o indivíduo teve sua reputação maculada perante terceiros (dano à honra objetiva) e, ainda, a consciência abalada no tocante às suas qualidades pessoais (dano à honra subjetiva). E ainda aquelas pessoas que tem a sua intimidade revelada na internet, seja por um ex-marido ou ex-namorado, seja por um desconhecido que teve acesso ao vídeo ou fotos íntimas.

A questão que envolve o “revenge porn” atinge também a sociedade e não apenas em relacionamentos, porque muitos criminosos não são motivados por vingança, mas sim como um meio para chegar ao fim da execução de determinado crime (FRANKS, 2013, p. 1).

A despeito de que, muitos eventos de “Revenge Porn” ocorrem em relacionamentos, há também outros motivos que levam a exposição de nudez e momentos íntimos de pessoas, tais como o entretenimento, o desejo de notoriedade, ou ainda o ato de divulgação de forma não premeditada e irresponsável (BEDIN; SANDER, 2015).

O fenômeno de exibição pode ser entendido como um modismo do espetáculo da vida privada, porque não é a todo momento que o internauta tem o entendimento da dimensão de seus atos na internet. (SIBÍLIA, 2008, p. 14).

Os aplicativos de rede sociais de celulares é um fecundo terreno para o Revenge Porn, pois estes aplicativos permitem a troca de dados e informações, de forma quase que

instantâneas, para um número indeterminado de pessoas, o que faz proliferar até mesmo atitudes covardes contra a vida de outro que teve momento íntimo difundido pelas mídias da internet. O WhatsApp é o aplicativo com maior número de compartilhamentos se comparado ao Facebook, que só perde para o primeiro (UNSER; SOBRINHO, 2015).

O Whatsapp é executor de 13% da transferência de dados. Ele faz parte de um selecionado grupo incumbido de enviar e receber quase 80% de tudo que é consumido na internet móvel de nosso país, sendo o meio mais utilizado para a pornografia de vingança. (G1, 2015).

Dentre os aplicativos mais utilizados no Brasil, para transferência de dados e informações, podemos fazer a seguinte classificação Facebook, responsável por 28% dos dados, Chrome (16%), YouTube (15%) e Instagram (6%). (G1, 2015).

Nesse sentido Juliana Camargo de Maltini (2008, p. 190):

Portanto, é imprescindível a tutela preventiva, denominada de tutela inibitória, na proteção da privacidade frente à Internet, uma vez que consiste na tutela jurisdicional adequada às novas situações jurídicas. Entretanto, se pode deixar de lado os provimentos reparatórios, já que a tutela preventiva não pode ser efetivada sempre. Porém, é necessário esclarecer que tais medidas reparatórias são mecanismos secundários, somente recorríveis quando não for possível proteger o direito através da tutela preventiva.

Em suma, o que se propõe hoje, diante da ineficácia e ausência de regulamentação específica de matérias, por ora se utilize os critérios batizados pela doutrina quanto à interpretação da limitação voluntária dos direitos da personalidade, abrindo-se possibilidade de tutelas reparatórias e inibitórias em caso de má utilização dos dados do internauta.

MARCO CIVIL E REVENGE PORN

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014) regulamenta a parte relativa à privacidade, regulamentando o tema no Capítulo II (“Dos Direitos e Garantias dos Usuários”), Entretanto, apenas diz o direito, sem mencionar quais são os procedimentos inibitórios ou reparatórios tanto da violação da privacidade, quanto dos danos decorrentes desta violação, de modo que continuará sendo aplicado a disposição geral no que diz respeito à reparação ou inibição de violação ao direito da personalidade. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011).

Consta de sua justificativa, assinada por José Eduardo Martins Cardozo, Miriam Aparecida Belchior, Aloizio Mercadante Oliva e Paulo Bernardo Silva:

Para o Poder Judiciário, a ausência de definição legal específica, em face da realidade diversificada das relações virtuais, tem gerado decisões judiciais conflitantes, e mesmo contraditórias. Não raro, controvérsias simples sobre responsabilidade civil obtêm respostas que, embora direcionadas a assegurar a devida reparação de direitos individuais, podem, em razão das peculiaridades da Internet, colocar em risco as garantias constitucionais de privacidade e liberdade de expressão de toda a sociedade (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011).

Não obstante, o anseio do Marco Civil da Internet, em muitos aspectos ele ainda anda na direção inversa das evoluções sociológicas digitais que procuram ampliar a cláusula geral de tutela da pessoa humana, não apenas para fato de inserir obrigações acessórias, mas sim na finalidade de primar a liberdade de expressão a favor do direito à privacidade e intimidade. (PAES; MOÁS, 2015).

Quanto aos conteúdos gerados por terceiros, obscuros no que pertine sobre o tipo de conteúdo liberado ou vedado, o ideal teria sido regulamentar o uso de informações pessoais por terceiros, já que o risco de utilização abusiva de dados pessoais é sempre potencializado em razão do – inicial – anonimato proporcionado pelo meio de divulgação digital, além da eventualidade dessas informações não serem corretas ou representarem erroneamente o titular e, principalmente, pelo fato de não ter havido a autorização de quem de direito para a exposição da informação veiculada ainda que seja verdadeira. (PAES; MOÁS, 2015).

Entretanto, após um pouco mais de dois anos da vigência da Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, mais especificamente, no dia 11 de maio de 2016, foi regulamentado, por meio de decreto presidencial, que a neutralidade de rede, um dos princípios da internet, poderá ser quebrada em situações de emergência e de urgência técnica, como a disseminação de spam e durante ataques hackers e com isso o aplicativo Whatsapp passou a criptografar todas as mensagens e conteúdo por ele transmitidos, desse modo os aplicativos e sites sem fins lucrativos devem manter o registro de acesso por cerca de 06 (seis) meses, sendo vedados guardar dados superior a esse tempo. (G1, 2016).

Vale salientar que discussão sobre difundir informações, materiais, fotos, vídeos e outros de outrem na internet, em razão de divergência com bases constitucionais, tais como a liberdade de expressão; e de outro a inviolabilidade da vida privada, deve ser examinado sob o abrigo da ponderação de direitos fundamentais, levando-se em consideração a dignidade da pessoa humana como “a medida de ponderação” (MORAES, 2010; SARLET, 2011). É nesta linha de

raciocínio de que o único limite à proteção de um direito fundamental da pessoa é a presença de outro direito de mesma natureza (SARMENTO, 2010)

Portanto, o conteúdo da norma, exposto de forma geral, propõe obstáculos quando é necessário por em prática os procedimentos para garantir os direitos contidos no ordenamento pátrio. Evidencia-se ainda, o art. 12 do Marco Civil trata, intrinsecamente, da tutela dos direitos da personalidade: "pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão a direito da personalidade e, reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei". A esta altura já resta a noção de que a tutela da personalidade acometidos por meio do "Revenge Porn" deve ser integralmente garantida, mas não demonstra de que modo isso é realizado. (MATOS, 2015)

LEI CAROLINA DIECKMANN, UM AVANÇO À PRÁTICA CONTRA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE?

A atriz Carolina Dieckmann, é uma pessoa conhecida publicamente que teve seus direitos da personalidade violados por duas vezes, e se viu obrigada a recorrer a tutela jurisdicional a fim de obter a reparação de seus direitos que foram violados no âmbito virtual, ante exposição de sua intimidade por meio de fotos. (GUIMARÃES, BASTOS, 2015).

No ano de 2005, a atriz foi vítima de violação de privacidade, teve sua vida particular transgredida por integrantes do programa de televisão "Pânico" que importunaram a atriz e seu filho onde quer que iam e inclusive na própria casa. Além disso, por causa da divulgação não consentida na mídia televisiva a atriz também teve suas imagens, não autorizada, divulgadas na internet e, por causa disso, pleiteou indenização na justiça e obteve êxito em seu pleito pela Justiça do Rio de Janeiro. (FOLHA ONLINE, 2006).

Em 2011 a atriz foi alvo de extorsão para que suas fotos íntimas não fossem "lançadas" na internet – fotos que estavam guardadas em seu aparelho eletrônico quando levou para um conserto. (PARA ENTENDER DIREITO, 2012). A ameaça foi concluída e a Carolina Dieckmann teve suas imagens divulgada na internet, e o caso se tornou público e foi reivindicado lei específica para este tipo de crime. No ano de 2012 sancionou a "Lei Carolina Dieckmann" (Lei nº 12.737/12), para tipificação criminal crimes na internet. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2012)

Patrícia Peck Pinheiro ensina que, através do princípio do menor dano

possível, o mais recomendável é retirar o conteúdo do meio de informação, “mas, sendo infundada a denúncia, deve-se garantir a volta ao ar do conteúdo e também a punição daquele que tenha sido leviano, visto que aí a lesão será à liberdade, em vez de à privacidade (como vem ocorrendo mais comumente, em geral, ferindo a honra e a reputação)”. (PINHEIRO, 2013, p.. 421).

Quanto a tutela inibitória, este tem sido um instrumento mais eficaz até o momento para o fim de cessar ameaças ocorrida no meio online.

O art. 12 do Código Civil dispõe:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. (BRASIL, 2002).

Ainda, preceitua o Enunciado 140 da III Jornada de Direito Civil do CJF:

A primeira parte do art. 12 do Código Civil refere-se às técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada com resultado extensivo.

E, com o mesmo posicionamento, o Enunciado 5 da I Jornada de Direito Civil do CJF dispôs que: “As disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se, inclusive, às situações previstas no art. 20”.

Roxana Borges prevê a tutela preventiva do direito à imagem:

[...] a pessoa ofendida pode requerer judicialmente a interrupção da exposição de sua imagem e a destruição dos meios físicos utilizados para tanto, além de, se possível, obter a tutela inibitória preventiva. (BORGES, 2007, p. 158).

Portanto, mesmo com a existência de leis específicas nas áreas criminal e civil seja para reparar ou para punir o ato danoso contra os direitos da personalidade, a defesa efetiva dos direitos se dará, da melhor forma, se pleiteada de forma preventiva com a inibição da prática do ilícito. (GUIMARÃES, BASTOS, 2015).

CONCLUSÃO

No presente artigo pode-se verificar que a internet foi um grande avanço para a humanidade, um avanço ainda maior do que a Revolução Industrial do séc. XVII, pois modificou todos os tipos de relações dos seres humanos.

A vida tem se tornado cada vez mais incessante ante a continuidade de proliferação de dados no decorrer do tempo. Desse modo, informações verdadeiras e mentirosas também se proliferam e se perpetuam através do tempo e com isso, temos dificuldade em paralisar as informações que são falsas das informações que são danosas ao ser humano, mais especificamente aos direitos da personalidade da pessoa humana.

O direito da personalidade é inerente ao ser humano e merecedor de proteção ante a qualquer espécie de ato danoso, seja ele no âmbito virtual ou real. Sendo que, atualmente, verifica-se que no meio virtual, o Revenge Porn, tem sido cada vez mais utilizado, e trata-se de um ato em que um ser humano expõe ao outro, mais comumente ocorrido em relacionamentos amorosos, na finalidade de vingança, difundindo fotos, vídeos, informações, do outro, de cunho pornográfico.

Revenge Porn causa danos inimagináveis à pessoa humana, resultando em danos graves por vezes irreversíveis, podendo levar a vítima ao suicídio.

Após o acometimento de atos danosos no meio virtual, tal como o do Revenge Porn foi implementado a Lei do Marco Civil da Internet no ano de 2014, contudo, restou lacunas na referida lei no que se refere aos procedimentos de inibição de delitos na internet. Desse modo, o mecanismo que estava em uso antes da Lei do Marco Civil é o procedimento mais eficaz até o momento, qual seja a tutela inibitória, que só será cabível quando não mais couber a tutela preventiva.

Ainda, na tutela inibitória o que se tem feito é a retirada de informações, vídeos e fotos da internet, sem que houvesse um instrumento maior de coação contra prática de atos delituosos.

Em razão do caso da atriz Carolina Dieckmann, que foi publicamente conhecido, ante a invasão de dados em seu dispositivo eletrônico, bem como da curiosidade do programa televisivo “Pânico”, o ordenamento jurídico brasileiro ganhou mais dois artigos no Código Penal, tipificando crimes e com ele a coação para o não cometimento de delitos na internet mediante violações aos direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. A **sociedade da informação**. In: (Org.). Direito da sociedade da informação. Coimbra: Coimbra Ed., vol. I, 1999.

Ataque Hacker. “**Whatspp grátis**”... **Marco Civil da internet ganha regras**. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/05/ataque-hacker-whatsapp-gratis-marco-civil-da-internet-ganha-regras.html>. Acesso em: 28 de jul de

2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humano no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial – 1ª. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013,

BEDIN, Ismael Junior Murbach; SANDER, Annelise Cristine Emidio. **Revenge porn**: Brasil e Estados Unidos, diferentes sistemas jurídicos, o mesmo problema:falta de tutela. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/oy1ux21y/f123DmTzvE41hqPm.pdf>. Acesso em 20 jul de 2016.

BOL NOTÍCIAS. **Jovem anuncia suicídio no Twitter após vídeo íntimo vazar nas redes sociais**. Disponível em: <http://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/brasil/2013/11/14/jovem-anuncia-suicidio-no-twitter-apos-video-intimo-vazar-nas-redes-sociais.htm>. Acesso em 26 de jul de 2016.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Encyclopædia Britannica do Brasil, 1987. v. 3.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DOMÍNGUEZ, Ana Garriga. **La Protección de los datos personales en internet: problemas actuales**. In BRAVO, Álvaro Sanchez (editor). *Derechos Humanos y Protección da Datos Personales en el Siglo XXI. Homenaje a Cinta Castillo Jiménez*. Sevilla: Punto Rojo, 2013

FRANKS, Mary Anne. CITRON, Danielle Keats. Criminalizing Revenge porn. **Wake Forest Law Review**, 2014.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2000

FOLHA ONLINE. **Carolina Dieckmann ganha ação contra turma do Pânico**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u62906.shtml>. Acesso em: 30 de jul de 2016.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Dilma aprova duas leis para punir crimes cibernéticos**. Disponível em: www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/81816-dilma-aprova-duas-leis-para-punir-crimesciberneticos. Acesso em: 30 de jul de 2016

FREIRE, Alexandre. **Inevitável mundo novo: o fim da privacidade**. São Paulo: Axis Mundi, 2006.

GARCIA, San Miguel Rodríguez; ARANGO, Luis. **Reflexiones sobre La intimidad como limite a La libertad de expresión.** In Estudos sobre El Derecho a La intimidad. Madrid: Tecnos, 1992.

GUERRA, Sidney. **A Tutela Constitucional da Privacidade.** Revista do Curso de Direito Uniabeu. 2012. Vol. 2 Num. 1.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). **Dicionário Técnico Jurídico.** São Paulo: Rideal, 1995.

GUIMARÃES, Ricardo Duarte; BASTOS, Antônio José Souza. **A tutela inibitória como instrumento de proteção dos direitos da personalidade.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j54r8mlx/xS2Q9DC6SUZlo5w9.pdf>
Acesso em: 30 de jul de 2016.

Jovem denuncia ex-namorado por ameaça e desabafa contra foto nua. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/11/jovem-denuncia-ex-namorado-por-ameaca-edesabafa-contra-foto-nua.html>. Acesso em: 16 mar. 2015.

LEONARDI, Marcel. **Tutela da privacidade na internet.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MALTINI, Juliana Camargo de. **Tutela Inibitória e Internet: O Processo Civil aplicado na Proteção da Privacidade.** In: CONPEDI. (Org.). Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília: Fundação Boiteux, 2008.

MATOS, Leonardo Melo. **Direito a privacidade na internet: o compartilhamento de dados entre websites e a violação à privacidade.** Disponível em: <http://docplayer.com.br/16132146-Direito-a-privacidade-na-internet-o-compartilhamento-de-dados-entre-websites-e-a-violacao-a-privacidade.html>. Acesso em 26 de jul de 2016.

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

MECABÔ, Alex; e Colucci, Maria da Glória, **Revenge porn: diálogo ético-jurídico à luz do direito brasileiro,** acesso em 18 de jul de 2016, disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/1185/779>

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2002.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIALARISSI, Marli Aparecida Saragioto. **O Sequestro da Personalidade como Núcleo do Dano Existencial no Revenge Porn.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=148>. Acesso em: 20 jul. 2016

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de Informática: Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software**. São Paulo: Atlas, 2007. 6 ed.

PAES, Erica de Aquino; MOÁS, Luciane da Costa. **O marco civil da internet e a potencial vulnerabilidade do internauta no contexto da proteção à privacidade**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/vwk790q7/v29Y2jXuZQ4XYUrM.pdf>. Acesso em: 28 de jul de 2016.

RAMOS, Erasmo Marcos. **Estudo comparado do direito da personalidade no Brasil e na Alemanha**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, n.º 799, maio 2002.

REDETV NOTÍCIAS. **Jovem comete suicídio após ter vídeo íntimo divulgado por colegas da escola**. Disponível em: <http://www.redeTV.uol.com.br/jornalismo/mundo/jovem-comete-suicidio-apos-ter-video-intimo-divulgado-por-colegas-de-escola>. Acesso em: 27 de jul de 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIBILIA, Paula. O homem **pós-orgânico: corpo, subjetividade e tecnologias digitais**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. P. 52

SILVA, Tatiana Manna Belassalma; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **O direito ao esquecimento como garantia da dignidade da pessoa humana na sociedade superinformacional: a quem pertence o passado**. Florianópolis S.C, 14 nov 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/oy1ux21y/94NWsXt97fP0yDGE.pdf>. Acesso em 13 jul 2016

SILVA, Joseph de Plácido e. **Dicionário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Responsabilidade civil por danos à personalidade. Barueri, SP: Manole, 2002. p. 01

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. 2o ed. São Paulo: RT, 2005.

Teor do Projeto de Lei 2126/2011 e sua justificativa disponíveis em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912989&filename=PL+2126/2011>. Acesso em: 26 de jul. 2016.

UNSER, Rosemara; SOBRINHO, Liton Lanes Pelau. **A responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet nas questões atinentes à Revenge Porn: análises de casos e jurisprudências**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/vwk790q7/0eW1J5oS84be3anW.pdf>. Acesso em 20 de jul de 2016.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação.** 2007. 297 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Estado e Sociedade, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3358/1/2007_TatianaMaltaVieira.pdf. Acesso em: 13 jul. 2016.

RESUMOS

PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A DESIGUALDADE TRIBUTÁRIA

Julio Cesar Reccanello Magalhães¹
Matheus Cesar Santos²

INTRODUÇÃO

Há muito tempo se tenta promover uma Reforma Tributária no sistema brasileiro, pois de acordo com os analistas econômicos o atual sistema é excessivamente complexo e totalmente regressivo, assim, cobrando mais tributos de alguns agentes econômicos, que por sua vez, são pessoas físicas ou jurídicas que ganham menos. Analisando as ponderações da Constituição Federal e do Princípio da Isonomia, poderá ter conhecimentos do atual sistema tributário brasileiro e analisar se ele é efetivo com os preceitos constitucionais ou se há uma contradição entre ambos.

PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, o princípio da igualdade realiza-se “como direito subjetivo específico e autônomo e como direito, liberdade e garantia de natureza defensiva, (...) Positiva (...) e corretiva...” (CANOTILHO, 2007, pag. 337).

Segundo aqueles autores, o princípio da igualdade tem uma natureza defensiva, pois pretende proteger os cidadãos contra um eventual tratamento desigual não fundamentado, por parte das entidades no exercício de poderes públicos. Já a natureza positiva se revela no foco de plena realização do princípio da igualdade implicar, por vezes, a execução de medidas, por parte do Estado, que auxiliem na obtenção da pretendida uniformidade entre todos, que é, no fundo, a efetivação real do princípio da igualdade. Por último, a natureza corretiva significa que, por vezes, é necessário programar medidas (de ação afirmativa) que visam corrigir desigualdades de fato.

¹ Bacharelado em Direito pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibiti, FEATI - UNIESP, no 6º período – 3º ano. Pesquisador independente sobre a Teoria do Estado e o Direito Constitucional. Email: reccanello_magalhaes@hotmail.com, Cel: (43) 9970-7798.

² Bacharelado em Direito pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibiti, FEATI - UNIESP, no 6º período – 3º ano. Bacharelado em Ciências Contábeis pela Universidade do Norte do Paraná – UNOPAR, no 4º período – 2º ano. Email: matheus_fra@hotmail.com, Cel: (43) 9169-7947.

A Constituição da República Federativa do Brasil adota como um de seus alicerces o Princípio da Igualdade de direitos, assegurando a todos os cidadãos a plena isonomia. Se a Constituição Federal se limitasse tão somente ao que está preconizado no caput do artigo 5º, ou seja, em afirmar que, perante a lei, todos são iguais, haveria uma sociedade retrógrada que entende que a igualdade dos homens seria apenas uma formal declaração da lei, sem qualquer garantia efetiva para a concretização deste princípio. A Constituição da República, ao longo de todo o seu texto normativo, demonstra nítida preocupação com o Princípio da Igualdade em sua forma material e efetiva.

Sobre este princípio cabe salientar nas palavras de Américo Masset Lacombe, a importância deste princípio Constitucional:

A isonomia é o princípio nuclear de todo o nosso sistema constitucional. É o princípio básico do regime democrático, não se pode mesmo pretender ter uma compreensão precisa de Democracia se não tivermos um entendimento real do alcance do Princípio da Isonomia. Sem ele não há República, não há Federação, não há Democracia, não há Justiça. É a cláusula pétrea por excelência. Tudo o mais poderá ser alterado, mas a isonomia é intocável.” (LACOMBE, 2000, pag. 16).

A Constituição no seu artigo 3º, inciso I e III, relata que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.”

Em relação ao Princípio da Isonomia Tributária, cabe salientar que, conforme dispõe o artigo 150, inciso II, da Magna Carta, é vedado que seja instituído “tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.”

De acordo com as previsões constitucionais citadas, cabe analisar se a atual isonomia tributária se encontra efetivamente de acordo com os Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil ou se esse sistema atual está contraditoriamente com os preceitos constitucionais.

DISTRIBUIÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA

O que é importante salientar é que no que tange uma nova reforma tributária, deve-se levar em conta que perante as necessidades de desenvolvimento do Brasil, não seria valorativo reduzir a carga tributária, mas sim realizar um novo meio de distribuição da carga tributaria, incidindo menos sobre o consumo e mais sobre o patrimônio e renda, pois estes são os principais meios que comprovam verdadeiramente a real situação financeira do contribuinte.

INSUFICIENCIA DE TRIBUTAÇÃO SOBRE RIQUEZAS E RENDAS

No Brasil ocorre uma injustiça em relação à distribuição da carga tributária que incide muito mais sobre a classe assalariada do que sobre os detentores de grandes capitais. Essa distorção deve-se, principalmente, a uma peculiaridade da legislação brasileira, como por exemplo, a isenção de lucros e dividendos distribuídos pelas empresas a seus sócios e acionistas.

Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integram a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no país ou no exterior, tendo sua previsão no artigo 10 da Lei 9.249/1995.

A justificativa para tal isenção é evitar que o lucro, já tributado na empresa, seja novamente taxado quando se converte em renda pessoal. Se houvesse a tributação sobre lucros e dividendos a qual a maioria dos países também tributa, o governo brasileiro arrecadaria cerca de 43 bilhões de reais ao ano, segundo pesquisadores, dando continuidade na mesma alíquota de 15% que era cobrado até o ano de 1995.

EXCESSOS DE TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO

A carga tributária do Brasil em 2015 foi de 32,66% do Produto Interno Bruto (PIB), dois quais 16,22 pontos percentuais foram sobre consumo. Desse total da carga, está distribuída em aproximadamente 50% de tributos incididos sobre o Consumo, 25% sobre Folhas Salariais, 18% sobre a Renda, 4% sobre Propriedade e 3% sobre outro as espécies de tributação.

Em termos proporcionais, a tributação sobre o consumo onera mais os contribuintes de menor renda. Um consumidor de baixo poder aquisitivo que compra uma mercadoria paga o mesmo tributo que um consumidor de renda mais alta. A tributação sobre os salários onera proporcionalmente mais o trabalhador assalariado do que as empresas, que são tributadas sobre o lucro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o sistema tributário brasileiro pode ser mais justo em relação a sua distribuição da carga tributaria, chamando para contribuir estes agentes econômicos que são isentos de tributação sobre lucros e dividendos, assim diminuindo a alíquota que incide sobre um imposto de consumo, com efeito tributário neutro, tornado uma sociedade mais justa.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1988.

CANOTILHO, Gomes e Vital Moreira, **Constituição Da República Portuguesa Anotada**, Coimbra: Almedina, 2007.

LACOMBE, Américo Masset. **Princípios Constitucionais Tributários**. Editora Malheiros, 2000.

<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/14/imposto-sobre-lucros-e-dividendos-geraria-r-43-bi-ao-ano-diz-estudo> Acesso em: 08 nov. 2016.

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-09/tributacao-sobre-consumo-sustentou-arrecadacao-publica-em-2015> Acesso em 09 nov. 2016.

<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015.pdf> Acesso em 10 nov. 2016.

PRINCÍPIOS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Diego Nassif da Silva¹
Gabriel Maffud²

INTRODUÇÃO

Em 18 de março de 2016 entrou em vigor no Brasil a Lei ordinária nº 13.105, de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil (NCPC), que vem substituir aquele estabelecido pela Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Mesmo antes disso, uma série de discussões e debates já se encontravam instalados no seio da comunidade jurídica questionando sobretudo os os efeitos da novel legislação no panorama processual brasileiro.

Neste contexto, considerando que a Consolidação ds Leis do Trabalho estabeleceu no seu artigo 769 a aplicação subsidiária do direito processual comum sobre o direito processual do trabalho, excetuando aquilo em que for incompatível com as suas normas, também nesta seara intensos estudos ocorreram. Longe da abarcar todos os aspectos que a inovação produziu, de especial atenção se mostram o tratamento legal dispensado pelo NCPC aos princípios processuais relativos à prova e seus possíveis impactos sobre o processo trabalhista – questão que o estudo empreendido se dispõe a elucidar.

Para tanto, a pesquisa jurídico-científica consubstancia-se em estudo panorâmico de índole teórica revisional bibliográfica que se veicula através de pesquisa, leitura e análise de documentação doutrinária especializada, sem prejuízo do uso de julgados, monografias, dissertações, teses, artigos, ensaios selecionados bem como notícias dos meios profissionais e acadêmico do Direito. A pesquisa legislativa também é prática fundamental ao estudo. A construção do texto poderá

¹ Mestre e graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS, do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor de Direito na Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti (FEATI). Analista judiciário no TRF-4ª Região.

² Graduando em Direito pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti (FEATI), pesquisador do Núcleo de Estudos em Subjetividade, Direito e Território – NESDI (gabriel_maffud@hotmail.com).

utilizar de diferentes métodos lógicos e argumentativos com o objetivo de melhor exposição das ideias aliada à melhor técnica jurídico-científica.

Com o estudo em curso, e que ora se veicula por resumo expandido, espera-se ao final poder esclarecer e delimitar os possíveis impactos do novo Código de Processo Civil no âmbito principio lógico-probatório processual trabalhista, auxiliando na evolução da técnica jurídica para melhor alcance de uma jurisdição mais célere e eficaz.

DESENVOLVIMENTO

O estudo inicia com a exposição concreta dos princípios direcionadores a respeito da prova no processo do trabalho, indicando assim as mudanças trazidas com o advento do novo Código de Processo Civil, revelando assim as problemáticas e as soluções que podem ser trazidas através destes tão importantes mecanismos para o andamento processual.

Inicia-se o estudo esclarecendo a concepção de princípio bem como a natureza e especificidades do processo trabalhista e as divergências que gera em relação à aplicação da legislação processual comum. Só assim, passa-se aos estudos específicos dos princípios e sua atual conotação com o novo código de processo civil.

Quanto aos princípios da prova, investigam-se os princípios: da necessidade da prova; do contraditório; da ampla defesa; da licitude e probidade da prova; da oralidade (subdividida em: identidade física do juiz, concentração e imediação do juiz na colheita da prova); da lealdade e boa-fé processuais

Acerca da aquisição processual da prova no processo do trabalho, debruça-se sobre os princípios: da busca da verdade real; do livre convencimento motivado do juiz; da aptidão da prova.

A pesquisa se desenvolve tendo em mente e de forma clara as melhores maneiras a conferir a celeridade processual e o bom andamento do judiciário, bem como indicando as grandes lacunas que devem ser preenchidas para a concretização destes direitos.

CONCLUSÃO

Em sede de conclusões preliminares, foi possível observar da pesquisa jurídico-científica até o momento empreendida que o judiciário busca a cada dia

mais, formas céleres e imparciais para a solução de conflitos, bem como trazendo consigo vastas lacunas que necessitam ser preenchidas para que estes princípios acima mencionados frente a demanda trazida pelo novo código de processo civil, sejam realmente aplicáveis e eficazes no meio social, pois somente assim teremos um processo justo.

Como informado, cuidam-se de conclusões preliminares e que carecem do maior aprofundamento conforme pesquisa em curso, sobretudo acerca dos pontos de maior polêmica. Em qualquer caso, desde logo se tem inequívoco que o novo código de processo civil, constitui, no mínimo, um novo parâmetro a ser considerado com o objetivo de ressaltar erros e acertos na busca de maior celeridade e efetividade da função jurisdicional na seara trabalhista.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2016.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 26 maio 2016.

BRASIL. **Decreto lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2016.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. 1.ed. São Paulo: Juarez de Freitas, 2002.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DE PAULA, Carlos Alberto Reis. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FILHO, Manoel Antônio Teixeira. **A prova no processo do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2003.

COSTA, Ilton Garcia da; TOSAWA, Suelyn. O papel das políticas públicas de inclusão do trabalhador no combate ao desemprego. In: KNOERR, Fernando Gustavo; FERREIRA, Daniel (Coord.). KNOERR, Viviane Colêlho de Séllos; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes (Org.). **Diálogos Impertinentes: administração pública**. Curitiba: Instituto Memória, 2014, 127-148.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Relação de emprego e direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual trabalho de acordo com o novo CPC**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

SILVA, Diego Nassif da. **Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2013.

EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

Daniel Sato Lopes¹
Ketsia Morais Ferreira
Larissa Cristina da Silva
Leonardo Henrique Fermino dos Santos
Monique Oliveira Porfírio

Este trabalho propõe um estudo sobre a Educação em Direitos Humanos. Na atualidade, a educação é um dos mais importantes instrumentos de combate às violações desse direito. Pretende-se analisar os diversos conceitos de Direitos Humanos por meio de uma breve análise sobre os fundamentos e a história dos direitos do homem. Não é uma tarefa muito fácil defini-los, pois várias expressões são usadas para designá-los. Também é comum encontrar associações entre direitos humanos e direitos naturais, aqueles que são inerentes ao ser humano. Há autores que os tratam como sinônimo de direitos fundamentais, aqueles que estão escritos, que resguardam os direitos dos cidadãos. Norberto Bobbio considera a expressão “direitos humanos” muito vaga. Para ele, a ideia de que são direitos naturais que cabem ao homem enquanto homem, não indica qualquer elemento que o caracterize. A Declaração Universal dos Direitos Humanos aponta-os como direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. Incluem o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho, à educação, entre muitos outros. Todos merecem estes direitos, sem discriminação. Já no seu preâmbulo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Partindo do pressuposto de que os direitos humanos sempre foram desejados pelos seres humanos, e que no decorrer da história o homem passou a procurar o seu fundamento, Norberto Bobbio diz que, apesar da sua desejabilidade, ainda não foram todos reconhecidos e que a busca do fundamento absoluto é uma ilusão.

¹ Acadêmicos do curso de Direito da Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti – FEATI.

A história dos direitos do homem está intimamente ligada à história da democracia. As Constituições democráticas modernas são os instrumentos que têm por fim proteger esses direitos em todos os tipos de Estado. A democratização da ordem internacional, por sua vez, resultaria na ampliação do reconhecimento e proteção dos direitos humanos. Estes são direitos históricos e universais, surgidos gradualmente, a partir das circunstâncias e da luta contra os poderes. São, pois, direitos variáveis, isto é, com as transformações históricas, também esses direitos reconfiguram-se. É necessário, dessa forma, atentar que as mudanças socioeconômicas trazem consigo o perigo iminente de lesão desses tão consagrados direitos, porém a evolução do constitucionalismo trará as condições de salvaguardá-los, bem como permitir o seu exercício pleno. Na fase de transição do Estado Democrático de Direito hoje vivida, os direitos humanos constituem verdadeiros vetores axiológicos do sistema, logo todos os ramos do direito devem se submeter à Constituição como maneira de assegurar o exercício pleno da democracia e por isso mesmo, desses direitos fundamentais.

Abordam-se, também, nesta pesquisa, as Diretrizes Nacionais e Estaduais de Educação em Direitos Humanos. O contínuo confronto aos impasses sociais que se exibem na sociedade contemporânea leva o cidadão a prever a escola como uma entidade social cheia de variedades étnico-raciais, sociais, políticas, econômicas, culturais, religiosas e sexuais, pondo em destaque as variedades biopsicossociais e culturais da humanidade. A escola precisa absorver suas funções neste assunto, para organizar uma cultura de Educação em Direitos Humanos, tendo em vista à esperança de uma transformação social para os sujeitos que compõem o universo escolar. Faz-se indispensável, então, declarar que Educação e Direitos Humanos são questões complementares, explicados pelas legislações formadas para a consolidação de direitos que têm em vista a proteção e promoção dos sujeitos de direitos e de responsabilidades. Neste sentido, as Diretrizes Nacionais de Educação em Direitos Humanos amparam e legitimam os conceitos fundamentais da dignidade humana, inserida anteriormente na Constituição Federal de 1988, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN - nº. 9394/96). A Educação em Direitos Humanos, a qual representa um novo paradigma para a educação do século XXI, apresenta-se com um elemento desafiador ao processo de reorganização da Educação Básica. Além disso, os princípios das Diretrizes Nacionais de Educação em Direitos Humanos - laicidade, diversidade, organicidade, sequencialidade e

articulação, constam em documentos tais como: a Constituição Federal de 1988, as Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica (CNE/CEB nº. 07/2010) e as Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Médio (CNE/CEB nº. 05/2011), os quais contemplam em sua natureza este novo paradigma para a educação.

Neste contexto, percebe-se que a linguagem literária contribui muito na implementação dos Direitos Humanos. A literatura é uma manifestação universal de todos os homens e um fator essencial para o crescimento dos cidadãos. Em diversas formas, os valores de cada sociedade estão presentes nas obras literárias. Ela tem a capacidade de fazer com que as pessoas enxerguem além e se tornem mais críticos, pois mostra ao leitor a realidade das adversidades que afligem o mundo, ou seja, aborda a realidade em forma de ficção. Neste trabalho, a obra em destaque é “A Escrava Isaura”, do autor Bernardo Guimarães. A obra foi escrita na campanha abolicionista no ano de 1875, trata de um tema recorrente na atualidade, que é a questão do racismo. O autor explorou uma das questões mais polêmicas da sociedade brasileira da época: a escravidão.

Com a análise de “Escrava Isaura” foi possível realizar uma articulação com a Lei nº 10.639/03, que com sua promulgação, todas as escolas, públicas e privadas, de ensino fundamental e médio ficaram obrigadas a trabalhar aspectos da cultura Africana e Afro-Brasileira (BRASIL, 2003). A supracitada lei altera a Lei nº 9.394/96, a qual estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial das instituições de ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira" (BRASIL, 1996). Com a Lei 10.639/03 também foi instituído o dia Nacional da Consciência Negra (20 de novembro).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Nova Ed. Rio de Janeiro: Eselvier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direito Humanos**. Resolução nº1/12. Brasília, 30 de Maio de 2012.

_____. **Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

_____.Lei nº 10.639 de 09 de janeiro de 2003. **Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-brasileira e Africana Brasília, 2003.**

GUIMARÃES, Bernardo. **A Escrava Isaura**. São Paulo:Martin Claret, 2001.

O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E UM OLHAR SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DOS MINISTROS DAS ALTAS CORTES DE DOS DESEMBARGADORES DO QUINTO CONSTITUCIONAL

Julio Cesar Reccanello Magalhães¹

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como foco principal a delimitação do que vêm a ser Princípio do Juiz Natural, as suas implicações em nosso ordenamento jurídico brasileiro, em quais diplomas legais temos a sua previsão. E por fim, *permissa vênia*, será feita uma abordagem sobre a constitucionalidade ou não, sobre o nosso enfoque, da nomeação dos Ministros das altas Cortes brasileiras como o Egrégio Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais de Justiça e outros tantos tribunais onde são nomeados juízes pelo quinto constitucional.

BREVE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO

O princípio do juiz natural teve sua primeira previsão constitucional, em nosso ordenamento jurídico-brasileiro, na “Constituição Política do Império do Brasil”, onde dizia:

Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XI. Ninguém será sentenciado, senão pela *Autoridade competente*, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta.(grifos nossos)

Também há de se notar que, a nossa primeira Constituição Republicana, trazia em seu bojo esta previsão, em seu artigo 72, parágrafo 15:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 15. Ninguém sera sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na fôrma por ella regulada.

¹ Bacharelado em Direito pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibatí, FEATI-UNIESP, no 4º período. Email: reccanello_magalhaes@hotmail.com.

Este princípio vem na tentativa de barrar tribunais de exceção ou como preleciona Zulmar Fachin tribunais *ad hoc* e *ex post facto*, ou seja, aqueles nomeados, que não eram juízes ao tempo do fato ou que foram nomeados para aquele determinado caso concreto, ou que o tribunal não existisse ao tempo dele como ocorreram muitas vezes na história mundial. Pode-se citar vários casos desta natureza no mundo, mas o maior seria o do Tribunal de Nuremberg, onde foram julgados o responsáveis pelas barbáries ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, tanto que uma das bases da defesa dos condenados foi a de que eles não cometeram nenhum crime, pois só seguiam o que o seu ordenamento jurídico permitia, sem contar que pelos princípios é inadmissível um tribunal de exceção.

O PRINCÍPIO NA ATUALIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dar-se-á início pela previsão máxima em nosso sistema legal, ou seja, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde em seu artigo 5º incisos XXXVII e LIII dizem:

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

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Começando a análise pelo inciso XXXVII, pode-se notar que ele veda os *tribunais ad hoc* e os *ex post facto*, não sendo admitida no Brasil a instauração de uma corte para julgar determinado fato tal qual ocorreu em Nuremberg. Todavia para evitar que ocorram tragédias, como as atrocidades cometidas pelo regime nazista, o direito constitucional do “por vir”, como preleciona José Roberto Dromi- citado por Lenza(2014, p.70) vem avançando com princípios universais, tal como o da solidariedade, que vem nos dizer que devemos ter uma justiça social, uma solidariedade entre os povos que que tenhamos direitos a dignidade da pessoa humana e principalmente o da universalização, que vem na tentativa de que as constituições que vem a surgir tragam em seu bojo, como pilar principal, a dignidade da pessoa humana, afastando todas as formas de desumanização.

Contudo não se pode esquecer que caso venha a ocorrer algo semelhante, no Brasil, hoje, devido a Emenda Constitucional nº: 45 de 2004, estes crimes, poderiam ser julgados, sem que houvesse desrespeito ao princípio do juiz natural e da corte natural, pelo Tribunal Penal Internacional, pois o Brasil aderiu a ele.

Retornando ao tema propriamente dito após este adendo, o inciso LIII, que trata da autoridade competente para o julgamento vem reforçar o inciso XXXVII, pois só a autoridade competente poderá realizar um processo, seja na seara administrativa ou judicial. Na área judicial levar-se-á em conta o que diz a disposição constitucional sobre o juiz:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

Nisto pode-se observar que o juiz natural, ou seja, a autoridade competente seria aquele aprovado em concurso público, de provas e títulos, com a devida nomeação sendo obedecida a ordem de classificação.

A partir disto chega-se a uma questão, e os ministros dos tribunais superiores e os desembargadores do quinto constitucional, estes seriam mesmo as autoridades competentes para julgar? Eles poderiam ser nomeados mesmo não tendo passado pelo que diz a constituição sobre o que vem a ser o juiz?

Observado tudo isto, a própria Carta Magna de 1988 prevê esta competência\ titularidade para eles, visto que a CF\88 elenca a forma de nomeação destes ministros em seu artigo 101 parágrafo único:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Porém, acredita-se que eles não sejam juízes naturais - de origem - o tribunal, o juízo, pode ser natural, mas aqueles que o compõem não o são já que não seguiram a carreira natural até atingirem o posto máximo na carreira.

Em contraponto a este pensamento o professor Doutor Renato Bernardi, em palestra na Semana Jurídica da Faculdade de Administração, Tecnologia e Educação de Ibaiti, no dia 25 de setembro de 2015, disse que:

É respeitado o princípio do Juiz natural, pois o juízo natural é aquela corte, independente de quem venha a ocupa-la, todo mecanismo que leva ao processo do Supremo Tribunal Federal, tem previsão processual e constitucional então eu acredito que tenha sim respeito ao Princípio do Juiz Natural.

Todavia não há hierarquia entre normas constitucionais originárias, por isto não cabe falar em norma inconstitucional, já que uma não tem poder sobre a outra. O que poderia ser feito seria a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade onde se afastaria a aplicação da norma do parágrafo único do artigo 101 da nossa Carta Magna em face da aplicação dos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º e do artigo 93 inciso I do referido diploma legal.

Contudo, não se pode fazer isto sem que os próprios defensores da Constituição, os ministros do Supremo Tribunal Federal, fizessem esta aplicação, ainda para que houvesse também uma melhor e maior participação do povo nesta decisão poderíamos aplicar a teoria da “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” de Peter Häberle, mas como o sistema jurídico brasileiro não a adota e o que temos mais similar é o Amicus Curiae que aplicasse este, pois desta forma teríamos um “Sistema Constitucional Popular” (como chamo).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando-se em conta tudo o que foi exposto, pensa-se que a nossa Carta Constitucional poderia sofrer uma mutação constitucional, alterando o entendimento dos artigos que tratam da nomeação dos Ministros das Altas Cortes e dos Desembargadores do Quinto Constitucional e alterando-os para que estes fossem cargos do fim da carreira para aqueles juízes que tivessem o devido merecimento e um maior desenvolvimento universitário.

Destarte, acredita-se que os atuais ministros e desembargadores não sejam juízes naturais, deste modo não teriam capacidade para efetuar julgamentos e

proferir decisões quanto mais parte destes ministros serem os “Guardiões da Constituição”. Todavia eles são legítimos, pois na atual conjuntura legislativa eles foram nomeados como manda a Constituição da República Federativa do Brasil, assim sendo não se pode contestar atualmente a sua atuação e sim a sua legitimidade pela controvérsia entre partes do texto constitucional.

REFERÊNCIAS

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18ª ed. Editora Saraiva, 2014.

NUNES JUNIOR, Vidal. ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição. Editora Saraiva, 2005.

REVISTA ELETRÔNICA
FEATI