

Governo do Estado de São Paulo

Geraldo Alckmin
Governador do Estado

Elival da Silva Ramos
Procurador Geral do Estado

José do Carmo Mendes Júnior
Procurador Geral do Estado Adjunto

Sylvia Monlevade Calmon de Britto
Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

Dionísio Stucchi
Corregedor Geral

Raquel Freitas de Souza
Ouvidora Geral

Ana Maria Oliveira Toledo Rinaldi
Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria

Mariangela Sarrubbo
Subprocuradora Geral do Estado – Área da Assistência Judiciária

José Renato Ferreira Pires
Subprocurador Geral do Estado – Área do Contencioso

Maria Clara Gozzoli
Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos

Fabiano Brandão Majorana e Marcelo Augusto Fabri de Carvalho
Coordenadores do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE

DIREITOS HUMANOS NO COTIDIANO JURÍDICO



Governo do Estado de São Paulo

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

Grupo de Trabalho de Direitos Humanos

Direitos Humanos no Cotidiano Jurídico



Centro de Estudos
2004

**CENTRO DE ESTUDOS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Rua Pamplona, 227 - 3º e 4º andares - Bela Vista

01405-902 - São Paulo - SP - Brasil

Telefone: (011) 3372-6478 - Fax: (011) 3372-6476

Home page: www.pge.sp.gov.br

Email: pgecestudos@pge.sp.gov.br

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos: Maria Clara Gozzoli.

Assessoria: Raquel Freitas de Souza, Maria Aparecida Medina Fecchio, Norberto Oya e Marialice Dias Gonçalves.

Serviços de Divulgação: Marialice Dias Gonçalves (Coordenação Editorial) e Celso de Almeida Braga Mitaini (Distribuição).

Comissão Organizadora desta obra: Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE, coordenado por Fabiano Brandão Majorana e Marcelo Augusto Fabri de Carvalho.

Tiragem: 2.250 exemplares.

SÃO PAULO (ESTADO). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de
Direitos Humanos. *Direitos humanos no cotidiano jurídico*.

São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2004. 460 p.
(Série Estudos n. 14)

1. Direitos Humanos – Brasil. I - Título.

CDU 342.7 (81)

Capa: *Uma Azinhaga Perto de Arles*, de Van Gogh

Arles, Maio de 1888

Óleo sobre tela, 61 x 50 cm

Kiel, Pommern Foundation

Produção Gráfica e Fitolitos: Quality Planejamento Visual Ltda. - Tel.: 4330-4985

Impressão: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo - IMESP - Tel.: 6099-9575

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
Elival da Silva Ramos	
INTRODUÇÃO	11
Marcelo Augusto Fabri de Carvalho e Fabiano Brandão Majorana	
O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE MULHERES E HOMENS E SEU IMPACTO NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	13
Mônica de Melo	
A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	43
Flávia Piovesan e Daniela Ikawa	
A VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA A MULHER IDOSA E OS DIREITOS HUMANOS	71
Mônica Bezerra de Araújo Lindoso	
LEGALIDADE E TRANSAÇÃO PENAL	103
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira	
O SIGILO BANCÁRIO E AUTORIDADE FISCAL CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N. 105/2001	129
Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira	
A PRISÃO DO INFIEL DEPOSITÁRIO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS – BREVE CRÔNICA DE UMA CLARA INCOMPATIBILIDADE	155
Wagner Giron De La Torre	
DIREITOS HUMANOS – ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS PERTINENTES À SITUAÇÃO DOS PORTADORES DE AIDS	185
Ana Cecília Rodrigues Medeiros	
PROTEÇÃO JURÍDICA AOS PORTADORES DO HIV E ÀS PESSOAS QUE VIVEM COM AIDS – ASPECTOS TRABALHISTAS, PREVIDENCIÁRIOS E ASSISTENCIAIS	227
Renato Campos Pinto de Vitto	

OBRIGATORIEDADE DA GENOTIPAGEM PARA HIV: ENSEJO À CONSTATAÇÃO DA PROXIMIDADE DOS DIREITOS CIVIS E SOCIAIS	245
Fabiano Brandão Majorana	
A CREDIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO	287
André Brawerman	
DIREITOS HUMANOS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL	309
Flávia Piovesan	
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E GARANTISMO JURÍDICO: FUNDAMENTOS PARA UMA FILTRAGEM HERMENÊUTICO- CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL	337
José dos Santos de Oliveira	

APRESENTAÇÃO

É indiscutível a importância que o tema dos direitos fundamentais da pessoa humana assumiu no âmbito interno dos Estados contemporâneos e, mesmo a partir da metade do século passado, no âmbito da comunidade internacional.

Na medida em que se consolidou a idéia de que é esse um dos pilares do sistema político democrático, passaram os Estados estruturados por Constituições documentais e rígidas a contemplar, necessariamente, um rol de direitos e garantias fundamentais, tendo mesmo a Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 inserido as linhas mestras desse sistema de direitos e garantias no, assim denominado, núcleo irreformável da Constituição, imune à ação do próprio poder constituinte derivado de revisão. De outra parte, no plano internacional, proliferaram nas últimas décadas tratados e convenções sobre os direitos dessa natureza, cuja importância e generalização permitiram que se disseminasse a instituição de tribunais internacionais destinados à sua proteção.

Por se tratar de direitos, ainda que de importância ímpar, participam da projeção tridimensional do fenômeno jurídico nos planos normativo, axiológico e factual. No Brasil, contudo, talvez na linha da tradição de nosso pensamento jurídico, tem predominado acerca da temática dos direitos fundamentais o enfoque filosófico-normativo, que se reflete, vez por outra, em discursos totalmente descompromissados com a lógica do razoável, que se impõe a partir de dados de natureza fática. Tais discursos servem apenas para alimentar proposições divorciadas da realidade em que se estabelecem as relações sociais, inculcando no homem comum a falsa percepção de que o generoso ideário dos direitos fundamentais é algo que não lhe diz respeito, servindo apenas para alimentar inflamados discursos de oposição sistemática a quem se dedica, efetivamente, a melhorar as condições de vida da população.

Ao ensejo de reflexões como esta, surgiu no Núcleo Temático de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado a idéia de reunir trabalhos jurídicos voltados à promoção dos direitos fundamentais, com um enfoque pragmático-normativo, sem incidir, entretanto, no equívoco de ignorar a riquíssima dimensão axiológica daqueles, que permite uma abordagem crítica de sua vivência concreta no ordenamento jurídico brasileiro.

Não se renega aqui o acervo importante de publicações que a Procuradoria Geral do Estado já produziu sobre a matéria. Ao contrário, se introduz uma vertente nova e complementar que, certamente, contribuirá para o adensamento da reflexão institucional sobre o assunto.

Elival da Silva Ramos
Procurador Geral do Estado

INTRODUÇÃO

Esta singela apresentação desta obra editada pelo Centro de Estudos da PGE versando sobre direitos humanos – temática já característica da recente história institucional da PGE – tem por escopo apresentar os critérios que orientaram seus organizadores na seleção dos artigos que vão a seguir publicados, bem como o porquê do enfoque eleito.

O que se buscou, antes de tudo, foi trazer o discurso dos direitos humanos para o cotidiano do cidadão comum, suas implicações nos seus afazeres diários, mostrando o quanto passa despercebido – e conseqüentemente subvalorizado – do modo de pensar do cidadão comum o discurso humanista. Tanto que ordinariamente o assunto é imediatamente associado ao cuidado de observância dos direitos mínimos dos "bandidos", referindo-se àqueles encarcerados nas prisões brasileiras.

Nosso objetivo primeiro é, portanto, tentar promover uma desvinculação dessa visão enviesada e retrógrada que permeia vastos setores do extrato social, sobretudo em tempos tão bicudos, em que onde grassa a violência urbana e as supostas "soluções definitivas" e fáceis são brandidas tonitroantemente pela mídia e imediatamente seguidas pelo Congresso Nacional – "caixa de ressonância" da sociedade – ao editar leis e atos normativos desprovidos de séria e racional meditação para lidar com a intrincada questão.

Tal enfoque que se tentou trazer à novel publicação do Centro de Estudos vem coincidentemente no ano em que ocorreu o fatal atentado em Bagdá contra o brasileiro Sérgio Vieira de Melo, que desde o ano passado era o Alto Comissário da ONU para Direitos Humanos – até se afastar dessa função para assumir seu posto de chefia da missão da ONU no Iraque – e que tinha exatamente essa preocupação de trazer o discurso dos direitos humanos para o cotidiano dos cidadãos.

Tanto isso é verdade que, quando de sua posse no Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos, tratou de estabelecer contatos com o

dirigente da OMC, o tailandês Supachai Panitchipakdi, para criar mecanismos de ação e pressão diplomática no âmbito desse organismo multilateral, a fim de promover o comércio como fator de desenvolvimento das nações subdesenvolvidas e em desenvolvimento, como forma de inclusão social e, em última análise, promoção dos direitos humanos nas sociedades que viessem a ser beneficiadas. Tudo isso a despeito dos protestos de ONGs que desejavam que a retórica dos direitos humanos permanecesse confinada nas passeatas e gritas de palavras de ordem fáceis, associando seu novo enfoque – que, é bom que se diga, não prescindia do anterior – à "política imperialista ianque" (quando, na verdade, era muito mais uma política pró-nações que precisam de mecanismos multilaterais de ação para se fazerem ouvir do que pró-EUA que agem unilateralmente, como se viu).

Fica, portanto, nossa homenagem a esse brasileiro que, no âmbito internacional, preocupou-se em implementar essa nova visão do discurso dos direitos humanos, como fonte inspiradora de nosso modesto objetivo no âmbito dessa instituição e na nossa sociedade paulista.

Todavia, esse viés dos estudos apresentados não refoge ao tema, e não há perda de interesse dos leitores operadores do direito, para quem a obra foi elaborada, vindicando a máxima proliferação do discurso dos direitos humanos.

No ensejo, homenageamos nossos colegas antecessores, grandes representantes da temática, dedicados juristas e estudiosos, Doutor Carlos Weis e Doutora Flávia Piovesan, que trouxeram definitivamente os direitos humanos ao seio da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Em continuidade ao monumental labor anterior – desses e de muitos outros componentes do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos, atualmente configurado em Núcleo Temático de Direitos Humanos – cumprindo um firme propósito de não esmorecer diante das vicissitudes da lida diária, apresentamos este Direitos humanos no cotidiano jurídico.

Marcelo Augusto Fabri de Carvalho e Fabiano Brandão Majorana

Coordenadores do Núcleo Temático de Direitos Humanos da PGE

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE MULHERES E HOMENS E SEU IMPACTO NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Mônica de Melo¹

Sumário: 1 - Introdução; 2 - O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988; 3 - O impacto do princípio da igualdade no Código Civil de 1916: ruptura ou manutenção? 4 - O novo Código Civil, sob a perspectiva da igualdade entre mulheres e homens; 5 - Conclusão.

1. Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre e Professora de Direito Constitucional da PUC/SP. Diretora do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Coordenadora da ONG Oficina dos Direitos da Mulher.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo demonstrar que o novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, não avança substancialmente no que diz respeito ao princípio da igualdade entre mulheres e homens, mas, por outro lado, sepulta, definitivamente, o modelo patriarcal e assimétrico do Código Civil de 1916, implementando em seus dispositivos o princípio constitucional da igualdade, nas relações entre os gêneros.

Essa contribuição cinge-se a uma primeira análise do novo Código Civil, a partir de uma perspectiva de gênero. Mas o que é gênero? O termo gênero é bastante amplo, empregado com diferentes sentidos. Pode significar espécie, como quando falamos do gênero humano. Outras vezes, é empregado com o sentido de tipo. É o que ocorre quando usamos as seguintes expressões: Que gênero de gente é essa? Que gênero de música? Tem a idéia de estilo ou a natureza de um assunto da área das artes, quando se fala em gênero literário ou gênero dramático, entre outros tantos.²

Na gramática, gênero é empregado como uma categoria que permite flexionar palavras, agrupando-as conforme os sexos masculino, feminino ou neutro.

A sociologia, a antropologia e outras ciências humanas lançaram mão da categoria gênero para demonstrar e sistematizar as desigualdades sócio-culturais existentes entre mulheres e homens, que repercutem na esfera da vida pública e privada de ambos os sexos, impondo a eles papéis sociais diferenciados que foram construídos historicamente, criando pólos de dominação e submissão. Impõe-se o poder masculino em detrimento dos direitos das mulheres, subordinando-as às necessidades pessoais e políticas dos homens, tornando-as invisíveis e dependentes.

2. As definições do termo "gênero" neste trabalho foram extraídas do livro: Mônica de Melo; Maria Amélia Almeida Teles, *O que é violência contra a mulher?*, São Paulo: Brasiliense, 2002, (Coleção Primeiros Passos).

Muito se tem feito para mudar essa situação. Houve êxitos importantes. Desenvolveu-se por toda parte a luta pela igualdade de direitos, a visibilidade da situação das mulheres e as proposições de ações afirmativas que garantem oportunidades e condições iguais. São conquistas representadas por tratados, declarações internacionais, assinados praticamente em todos os países do mundo e que representam instrumentos de desenvolvimento e progresso para a sociedade.

Mesmo com esses avanços, há desigualdades que se perpetuam ao longo dos tempos. As mulheres conquistaram o direito de voto graças ao movimento das sufragistas, no início do século passado, mas ainda são pouco representadas nos espaços de poder político, seja no executivo, legislativo ou judiciário. Outro exemplo: elas têm garantido seu ingresso no sistema educacional, mas vivem uma situação de desigualdade no trabalho, pois recebem salários mais baixos e enfrentam dificuldades maiores para galgar os postos de chefia.

A sociedade humana, onde ainda prevalece a ideologia patriarcal (que estabelece a supremacia masculina) tem ainda impedido de todas as formas o pleno desenvolvimento das mulheres, discriminando-as de diferentes maneiras.

Portanto, o termo gênero pode ser entendido como um instrumento, como uma lente de aumento que facilita a percepção das desigualdades sociais e econômicas entre mulheres e homens, devido à discriminação histórica contra as mulheres. Oferece possibilidades mais amplas de estudo sobre a mulher, percebendo-a em sua dimensão relacional com os homens e o poder. Com o uso desse instrumento, pode-se analisar o fenômeno da discriminação sexual e suas imbricações relativas à classe social, às questões étnico-raciais, intergeracionais e de orientação sexual.

O termo gênero não pode ser confundido com sexo. Este, na maioria das vezes, descreve características e diferenças biológicas, enfatiza aspectos da anatomia e fisiologia dos organismos pertencentes ao sexo

masculino e feminino. As diferenças sexuais assim descritas são dadas pela natureza. Mulheres e homens pertencem a sexos diferentes.

O gênero, no entanto, aborda diferenças sócio-culturais existentes entre os sexos masculino e feminino, que se traduzem em desigualdades econômicas e políticas, colocando as mulheres em posição inferior aos homens, nas diferentes áreas da vida humana.

O estudo das ciências humanas, com o uso da categoria gênero, não só tem revelado a situação desigual entre mulheres e homens, como também, tem mostrado que a desigualdade não é natural e pode, portanto, ser transformada em condições igualitárias, promovendo relações democráticas entre os sexos.

Ao longo desta reflexão, será possível observar que as relações de gênero presentes no Código Civil de 1916 espelham um modelo desigual e assimétrico, oriundo da adoção de um modelo patriarcal das relações humanas, no qual a mulher se vê inferiorizada e subordinada em sua condição. Essa desigualdade se torna patente, principalmente, no âmbito do casamento e das relações familiares.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da igualdade como um dos princípios fundamentais, estruturantes de nosso Estado Democrático de Direito, rompe com os parâmetros de desigualdade entre mulheres e homens presentes no Código Civil de 1916. Porém, nossa cultura jurídica, ainda de pouco prestígio e valorização da ordem constitucional, precisou da revogação expressa e de norma de mesma hierarquia, para finalmente jogar as últimas cinzas no modelo anterior, que estava absolutamente comprometido em face da atual Constituição.

Este trabalho vem demonstrar que o novo Código Civil busca implementar o princípio da igualdade nas relações humanas por ele normatizadas, o que já podemos considerar extremamente positivo, embora as críticas ao novo Código apontem alguns retrocessos ou ainda timidez no trato das questões mais atuais.

2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a redução das desigualdades sociais (art. 3º, II da CF/1988).

A igualdade de todos prevista no *caput* do artigo 5º da Constituição nasce ao lado da obrigatoriedade da redução das desigualdades. Ou seja, não basta que o Estado se abstenha de discriminar, de tratar desigualmente, mas faz-se necessário que ele atue positivamente no sentido da redução das desigualdades sociais.

Portanto a redução das desigualdades nasce como fundamento da República Federativa do Brasil, o que significa considerá-la autêntico princípio constitucional. E, dentro do sistema constitucional brasileiro, o que significa ser princípio constitucional?

Seguindo as lições de Canotilho³, o princípio da igualdade e da redução das desigualdades são o que ele denomina de princípios constitucionalmente estruturantes. São princípios que designam o núcleo essencial da Constituição, garantindo a ela uma determinada identidade e estrutura. Possui duas dimensões:

“(1) uma dimensão constitutiva, dado que os princípios, eles mesmos, na sua fundamentalidade principial, exprimem, indicam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional;

(2) uma dimensão declarativa, pois estes princípios assumem, muitas vezes, a natureza de superconceitos, de vocábulos designantes, utilizados para exprimir a soma de outros subprincípios e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas”.

3. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 5. ed. refundida e aum., Coimbra: Almedina, 1992, p. 349 e ss.

Os ensinamentos de Canotilho são plenamente aplicáveis ao regime constitucional brasileiro, na medida que nossos princípios constitucionais, por força da própria Constituição, da doutrina e da jurisprudência, adquiriram ao longo do tempo aquelas características: fundam o sistema e agregam outros subprincípios. Dessa forma, o princípio da igualdade no direito brasileiro estrutura nosso sistema constitucional, espraiando-se por todo ele.

Concordamos também com o estatuído por Paulo de Barros Carvalho⁴, ao tratar dos princípios e ao assinalar que a ordem jurídica brasileira é constituída como um sistema de normas. Nesse sistema, algumas normas são de comportamento, outras de estrutura. As normas de comportamento estão diretamente voltadas para a conduta das pessoas, nas relações de intersubjetividade, já as regras de estrutura estatuem de que modo as regras devem ser criadas, transformadas ou expulsas do sistema.

A respeito do que seja princípio, expõe o autor:⁵

“Princípios são linhas diretivas que informam e iluminam a compreensão de segmentos normativos, imprimindo-lhes um caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exerce o princípio uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença. Algumas vezes constam de preceito expresso, logrando o legislador constitucional enunciarlos com clareza e determinação. Noutras, porém, ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um esforço indutivo para percebê-los e isolá-los. São os princípios implícitos”.

A condição de “princípio” num determinado sistema, e aqui consideramos o termo “fundamento”, utilizado pelo legislador constituinte, como

4. *Curso de direito tributário*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

5. *Idem*, *ibidem*, 90.

sinônimo de princípio, confere-lhe a qualidade de paradigma de interpretação de todo o texto constitucional. O fato de determinada norma ser considerada princípio, longe de afetar sua aplicabilidade, por não se tratar de norma de conduta, propicia-lhe uma força dentro do próprio sistema que as normas de conduta desconhecem.

Em outro texto, no qual Paulo de Barros Carvalho⁶ aprofunda sua doutrina sobre os princípios, acrescenta que os princípios são normas jurídicas carregadas de forte conotação axiológica, que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica.

Portanto o princípio da igualdade e de redução de desigualdades tornou-se, com a promulgação da Constituição de 1988, verdadeiro princípio constitucional, devendo servir de baliza para todo o sistema, espraiando-se pela atividade executiva, legislativa e judiciária. Deve servir de norte para o desempenho das atividades públicas, ou seja, os poderes constituídos devem, por força do novo fundamento, do novo princípio constitucional, orientar-se nas suas condutas, em sua gestão e decisões, pela maior amplitude possível deste princípio. E o fato de o princípio conter toda esta carga axiológica não lhe retira sua índole normativa. Princípio é norma carreando todas as implicações deste fato.

Concluindo, o fato é que, com a Constituição Federal de 1988, passamos a ter como norma jurídica constitucional, na categoria de princípio, a redução das desigualdades e a vedação de discriminação. Isso traz diversas implicações, como o de possuir o atributo da obrigatoriedade de cumprimento e de inovação da ordem jurídica. Por ser de natureza constitucional, subordina todas as demais normas do ordenamento e, por fim, por ser princípio, adquire maior relevo ainda, conforme expusemos.

6. O princípio da segurança jurídica, *Revista da Associação dos Pós-Graduandos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, São Paulo, n. 3, p. 122, 1993.

No caso brasileiro, mais do que um desejo, trata-se de conferir aplicabilidade à Constituição Federal que introduziu, em 1988, em nosso sistema jurídico, o princípio da redução das desigualdades sociais.

A Constituição Federal, bem como os principais instrumentos legislativos internacionais, descrevem, quase uniformemente, as formas de discriminação proibidas, a saber, as que dizem respeito à raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou outra, origem nacional, posição econômica e nascimento, bem como “qualquer outra condição”, afastando-se qualquer tentativa de discriminar por outros critérios.⁷

Se os instrumentos internacionais de proteção geral (Declaração Universal dos Direitos dos Homem e os Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Direitos Civis e Políticos) não trazem definição do que seja *discriminação*, textos mais modernos cuidaram de cobrir essa lacuna, adotando redações que, dada sua uniformidade, cristalizaram o conceito.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial define discriminação como “toda distinção exclusiva, restrição ou preferência (...) que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural, ou em qualquer outro domínio da vida pública”.

Mesmo assim, há casos em que o tratamento jurídico diferenciado não constitui discriminação, ainda que se baseie em um dos critérios enumerados nas disposições dos instrumentos internacionais sobre discriminação, o que demonstra a necessidade de interpretação, dada a vagueza dos conceitos.

7. Modernamente, fala-se em não distinção quanto à opção sexual, origem étnica, idade, orientação civil ou deficiências físicas da pessoa, não mencionadas expressamente nos textos citados.

As soluções adotadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, mencionadas por O'Donnel⁸, não contribuem para esclarecer o tema, recaindo em evidente tautologia.

De fato, ao se afirmar que “não haverá, pois, discriminação se uma distinção de tratamento está *orientada legitimamente*, ou seja, se não conduz a situações contrárias à *justiça*, à *razão* ou à *natureza das coisas*”⁹, nada mais fez a Corte do que empregar expressões cujo conteúdo, de tão amplo, torna-se vago e impreciso, pouco contribuindo para clarear o tema.

O que se observa, mais do que um tratamento conceitual do tema, é uma construção jurisprudencial ou de Direito Positivo calcada em casos concretos, em problemas surgidos da própria aplicação das convenções, diante dos conflitos surgidos pela evolução social.

Para melhor compreensão do tema, é necessário diferenciar a “discriminação *de jure*” da “discriminação *de facto*”. Enquanto a primeira diz respeito ao estabelecimento de diferenças formais na própria legislação, o segundo conceito refere-se à sua aplicação discriminatória, ambas condenadas pela doutrina e jurisprudência.

Contribuindo para o melhor entendimento do tema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou três elementos para determinar se uma conduta constitui “diferenciação” ou “discriminação”, a saber: a) devem ser lícitos os objetivos da norma ou medida que estabelece o tratamento diferenciado; b) a distinção deve estar baseada em desigualdades reais e objetivas entre as pessoas e circunstâncias; e c) deve ser obedecida a proporcionalidade.

Tais critérios nos levam à proposta de Celso Antonio Bandeira de Mello para o tema¹⁰, ensinando que o elemento tomado como fator de

8. O'Donnel, *Protección internacional de los derechos humanos*, p. 373 e ss.

9. Idem, *ibidem*, p. 374.

10. Celso Antonio Bandeira de Mello, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 21.

desequiparação deve residir na pessoa, coisa ou situação discriminada, sendo vedada a singularização “presente e definitiva” do sujeito discriminado. Além disso, deve haver uma correlação lógica abstrata entre o “critério de discrimen” e a disparidade de tratamento jurídico estabelecido. Por fim, é necessário que se verifique a consonância dessa correlação com os valores e interesses priorizados pela Constituição.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser injustificável norma do Código Civil que atenta contra o princípio da igualdade, que veio expressa quando se trata de igualdade dentro da sociedade conjugal (art. 226, § 5º).

3. O IMPACTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 1916: RUPTURA OU MANUTENÇÃO?

É consentâneo na doutrina constitucional que a Constituição Federal de 1988 significou uma mudança radical de paradigma jurídico, inaugurando um novo ordenamento jurídico, um novo Estado.

A Constituição do Brasil de 1988 significou um importante marco para a transição democrática brasileira. Após um período de vinte anos de governos militares, tivemos em 1984 um expressivo movimento nacional por eleições diretas (“Diretas Já”)¹¹ que, embora não vitorioso, gerou frutos nos anos seguintes, com o nascimento dos plenários, comitês e movimentos pró-participação popular na Constituinte, em todo o Brasil. No início de 1985, surgiu o Projeto Educação Popular Constituinte, houve o lançamento do Movimento Nacional pela Participação Popular na Constituinte e as pessoas passaram a se articular para garantir sua participação naquele processo¹². Conquista fundamental das diversas organizações envolvidas foram as chamadas “emendas populares”, incluídas no Regimento

11. “Emenda Dante de Oliveira”, votada em 25.4.1984.

12. Sobre todo o processo de formação dos plenários, comitês, movimentos e a participação direta no processo constituinte, ver: Carlos Michiles et alii, *Cidadão constituinte: a saga das emendas populares*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

Interno da Constituinte, cuja proposta deveria ser subscrita por, no mínimo, trinta mil eleitores, em lista organizada por, no mínimo, três entidades associativas, legalmente constituídas¹³. Foram propostas mais de cem emendas populares. O Regimento ainda previa a possibilidade de apresentação de sugestões e audiências públicas.

Reflexos desse processo intensamente participativo permeiam todo o texto de 1988, que consagra no Título I (Dos Princípios Fundamentais), como fundamento do Estado brasileiro, a democracia participativa: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Esse momento de ruptura com o modelo anterior, com a ordem autoritária estabelecida, se fez sentir em todo o ordenamento jurídico. No tocante à igualdade que foi alçada à condição de princípio constitucional, parecia evidente que incompatibilizava a existência de todas as normas discriminatórias relativamente às mulheres presentes no Código Civil de 1916. Naquele momento, seria plenamente possível imaginar que, nessa parte, toda a doutrina de direito civil precisaria ser reescrita, já que a Constituição, pela posição hierárquica e de supremacia que ocupa em nosso ordenamento, fazia com que aquelas normas não estivessem recepcionadas. Entretanto, não foi exatamente o que aconteceu. A maior parte dos civilistas se manteve inarredável da letra do Código Civil de 1916, apontando muito timidamente as mudanças trazidas pela Constituição, sem considerar a existência de uma ruptura, de uma revolução nas relações conjugais e familiares assimétricas.

Maria Helena Diniz, por exemplo, alterou muito pouco a edição pós-Constituição Federal de 1988 de seu *Curso de direito civil*, interpretando a Constituição, na parte relativa aos direitos na sociedade conjugal como apenas igualdade no “exercício dos direitos” e não na titularidade, modificando em quase nada o conteúdo de sua obra, ou seja, continuou

13. Conforme o artigo 24 do Regimento Interno da Assembléia Constituinte.

utilizando os parâmetros do Código Civil de 1916, com sua estrutura, sua ideologia, seus valores, como se uma mudança de paradigma não tivesse ocorrido.

Na parte do Código que trata da chefia da sociedade conjugal (art. 223 do Código Civil de 1916) assinala, mesmo após a Constituição Federal de 1988, que: “do casamento decorrem para o marido certos direitos e deveres. O marido é o titular deles, em virtude de lei, mas deve exercê-los juntamente com sua mulher. O ‘exercício’ desses direitos e deveres pertencem, igualmente, a ambos, embora a titularidade seja do marido (CF art. 226, § 5º)”¹⁴. Este foi o único parágrafo que acrescentou em relação ao mesmo assunto, relativamente à redação anterior à Constituição, que declarava:

“Da situação conjugal decorrem certos poderes para o marido, principalmente a chefia da sociedade conjugal, uma vez que todo o grupo social requer uma direção unificada para evitar instabilidade e para que os problemas cotidianos possam ser resolvidos pela preponderância da vontade de um dos consortes.”¹⁵

Alguns civilistas foram mais sensíveis ao novo texto constitucional, mas, sempre ciosos de manterem a estrutura original de suas obras, calçadas no Código Civil de 1916, anotaram apenas incidentalmente as alterações trazidas pela Constituição Federal de 1988. Ou seja, ninguém entendeu que precisaria reescrever à luz do impacto trazido pela nova ordem. Nessa linha vale a pena observar Silvio Rodrigues: “assim sendo, as disposições que representavam restrição à atividade de um só dos cônjuges devem ser consideradas como não escritas. Como o presente volume pretende manter sua estrutura original, seguirá ele sua linha antiga, anotando as modificações trazidas pelo legislador constituinte”.¹⁶

14. Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 98.

15. Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, cit., p. 98. Esse parágrafo continuou na redação pós-Constituição Federal de 1988 e nas seguintes. A única coisa que muda é a interpretação de que há igualdade no “exercício” dos direitos.

16. Silvio Rodrigues, *Direito civil: direito de família*, 18. ed. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, v. 6, p. 123.

Caio Mário da Silva Pereira acresce ao seu curso o seguinte parágrafo: “A Constituição Federal de 1988 consagrou a mais ampla igualdade dos cônjuges em direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, § 5º).”¹⁷

Portanto, o que se observa foi um baixo impacto da Constituição na doutrina do direito civil.¹⁸

Com a promulgação do novo Código, entretanto, a tendência é o reconhecimento pleno da igualdade entre mulheres e homens, principalmente na sociedade conjugal e na família.

Vale a pena mencionar que a edição do *Curso de direito civil* de Maria Helena Diniz, atualizada pelo novo Código¹⁹, pela primeira vez atualiza de forma mais explícita, consagrando o princípio da igualdade na relação conjugal, dessa vez em face do novo Código, o que já poderia ter sido feito desde 1989, em face da Constituição Federal. No novo curso ela reconhece “a igualdade de direitos e obrigações entre marido e mulher” e não apenas a igualdade no “exercício” dos direitos. A esse respeito afirma:

“Do casamento decorrem certos direitos e deveres. Os cônjuges são os titulares deles²⁰, em virtude de lei, e devem exercê-los conjuntamente. O *exercício* desses direitos e deveres pertence

17. Caio Mário da Silva Pereira, *Curso de direito civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 99.

18. Não podemos deixar de citar, entretanto, aqueles que vislumbram a existência atual de um direito constitucional de família: “A Constituição de 1988 introduziu inúmeras modificações no direito de família, refletindo as idéias que serviram de base às Declarações Internacionais de Direitos do Homem, havendo enfatizado o princípio da isonomia, ao reconhecer a igualdade entre o homem e a mulher; entre os cônjuges no casamento e entre filhos, proibindo expressamente as discriminações. Podemos afirmar que hoje existe um direito constitucional de família, que alterou substancialmente a matéria disciplinada no Código Civil de 1916, do qual muitos dispositivos não foram recepcionados pela nova ordem constitucional.” (Maria Alice Zaratini Lotufo, *Curso avançado de direito civil: direito de família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 5, p. 21).

19. Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 128.

20. Note-se que agora os cônjuges são os titulares, antes o marido era o titular dos direitos.

igualmente a ambos (CF, art. 226, § 5º). Da situação conjugal decorrem certos poderes para os consortes, principalmente o de dirigir a sociedade conjugal, uma vez que todo grupo social requer uma direção unificada para evitar instabilidade e para que os problemas cotidianos possam ser resolvidos pela conjugação de ambos os consortes. Por isso o Código Civil, artigo 1.567, ao conferir o exercício da *direção da sociedade conjugal* a ambos, não colocando qualquer dos cônjuges em posição inferior, teve tão-somente a preocupação de harmonizar o interesse comum da família, pois acrescenta que a função de dirigir a sociedade conjugal deve ser exercida em colaboração pelo marido e pela mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. Desaparece, assim, a idéia de chefe da família, preconizada pelo art. 233 do Código Civil de 1916, que colocava a mulher numa posição subalterna.”²¹

É interessante observar que, no decorrer do período que vai da promulgação da Constituição Federal de 1988 até a promulgação do novo Código Civil, nunca se considerou o princípio constitucional da igualdade, nos moldes em que é tratado pelo texto constitucional, com força suficiente para romper completamente com o Código Civil de 1916, pelo menos na análise doutrinária dos civilistas.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se em poucas oportunidades sobre a matéria, embora não deixasse de considerar a igualdade constitucional como autêntico princípio que se desdobra ao longo do texto. Sob essa perspectiva, vale mencionar o julgamento de medida liminar, em 24.4.1999:

21. Observe-se que antes a direção era unificada na pessoa do marido. A autora preserva a mesma expressão “unificada”, só que agora, para designar a direção conjunta da sociedade conjugal, pela mulher e homem. É visível o impacto do novo Código Civil, mas não da Constituição Federal de 1988.

“Dando continuidade ao julgamento de medida liminar em ação direta ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro-PSB contra o artigo 14 da Emenda Constitucional n. 20/98 (v. *Informativo* 144), o Tribunal, por unanimidade, deferiu o pedido para, dando interpretação conforme à Constituição ao referido dispositivo (Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social), deixar expresso que o mesmo não se aplica à licença maternidade a que se refere o art. 7º, XVIII, da CF, respondendo a Previdência Social pela integralidade do pagamento da referida licença. Tendo em vista que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV), o Tribunal afastou a exegese segundo a qual a norma impugnada imputaria o custeio da licença-maternidade ao empregador, concernente à diferença dos salários acima de R\$ 1.200,00, porquanto esta propiciaria a discriminação por motivo de sexo, ofendendo o art. 7º, XXX, da CF (Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;), que é um desdobramento do princípio da igualdade entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I). Levou-se em consideração também que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está o de promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV).” (ADInMC n. 1.946/DF, rel. Min. Sydney Sanches, 29.4.99).²²

22. *Informativo do Supremo Tribunal Federal*, n. 147.

Ao analisar o parágrafo 5º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, em face do artigo do Código Civil que determina o dever de mútua assistência entre os cônjuges, considerou que a norma constitucional não autorizava a interpretação de que os alimentos não seriam mais devidos pelo homem à mulher, se há necessidade e possibilidade de se prestar assistência. Vejamos:

“Ementa: Direito Constitucional, Civil e Processual Civil. Recurso Extraordinário: Alegação de violação dos artigos 5º, I e IV e 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal. Alimentos devidos, por um cônjuge a outro, segundo o Código Civil.

1. O que pretende o recorrente, ora agravante, em substância, é que se reconheça haver o parágrafo 5º do artigo 226 modificado o Código Civil, na parte em que este trata de alimentos devidos por um cônjuge ao outro.

2. Como acentuou a decisão agravada ‘não procede a alegação de ofensa ao parágrafo 5º do artigo 226 da Constituição Federal, segundo o qual, ‘os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher’. Tal norma constitucional não implicou revogação das do Código Civil, pelas quais os cônjuges têm o dever de assistência recíproca e aquele que necessitar de alimentos pode exigí-los do outro, desde que este os possa prestar’.

3. E assim é porque não pode ser reconhecida situação de igualdade entre os cônjuges, se um precisa de alimentos prestados pelo outro, e se este não precisa de alimentos, pode prestá-los àquele e lhos recusa. Com efeito, a igualdade de direitos pressupõe a igualdade de situações. E, na instância de origem, bem ou mal, com base na prova dos autos, ficou entendido que a ora agravada está em situação de precisão de alimentos e que o ora agravante está em condições de prestá-los.

4. Para se apurar se um precisa de alimentos e o outro pode prestá-los é imprescindível o exame de provas, inadmissível, porém, em Recurso Extraordinário (Súmula n. 279).

5. E se as normas da legislação civil, infraconstitucional, que regulam o direito e a obrigação de alimentos, foram bem interpretadas, ou não, é matéria que igualmente escapa ao reexame desta Corte, em Recurso Extraordinário, pois sua jurisprudência é pacífica no sentido de não admitir, nessa espécie de apelo, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação e/ou aplicação de normas infraconstitucionais. Até porque essa interpretação e/ou aplicação ficam, em última instância, a cargo do Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial, que, no ponto, é soberanamente competente. E, no caso, o Superior Tribunal de Justiça manteve o não seguimento do Recurso Especial, por decisão transitada em julgado.

6. Agravo improvido.” (AGRRE n. 218.461/SP, 1ª T., j. 4.8.1998, rel. Min. Sydney Sanches, DJU, de 5.3.1999, p. 13, Ement. v. 1941-03, p. 482)

Quando se analisa direito anterior a uma determinada ordem constitucional vigente, costuma-se resolver o conflito através do fenômeno da recepção²³. Ou seja, a princípio, não haveria necessidade/possibilidade de se submeter o Código Civil de 1916 ao controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. As incompatibilidades presentes na referida legislação, em face do princípio constitucional da igualdade entre mulheres e homens e seus desdobramentos, deveriam ser considerados não recepcionados, e portanto revogados, em face da atual Constituição.

23. Nesse sentido, verificar: Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 587; Luiz David Araújo; Vidal Serrano Nunes Junior, *Curso de direito constitucional*, 4. ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 35; Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 55.

O Supremo Tribunal assim vem se manifestando, valendo destacar o julgamento:

“Questão de Ordem – Superveniência constitucional

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Impugnação de ato-estatal editado anteriormente a vigência da CF/88 – Inconstitucionalidade superveniente – Inocorrência – Hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção – Impossibilidade de instauração do controle normativo abstrato – Ação direta não conhecida. A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição, sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a carta política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis pré-constitucionais não se predispõem, vigente uma nova Constituição, à tutela jurisdicional de constitucionalidade *in abstracto* – orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980, 95/993, 99/544) – foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988. A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade. Por votação unânime, o Tribunal não conheceu da ação, por impossibilidade jurídica do pedido.” (STF – ADIN n. 7, Plenário, j. 7.2.1992, v.u., rel. Min. Celso de Mello. DJU, de 4.9.1992)

Entretanto, conforme já afirmamos anteriormente, há uma enorme dificuldade em uma cultura jurídica jovem, em termos de

constitucionalismo, operar as modificações necessárias em relação ao direito anterior, apenas com suporte na Constituição. A cultura da necessidade de legislação infraconstitucional expressa, por vezes, prepondera diante do desafio de valorizar a Constituição em sua supremacia, dentro do ordenamento jurídico, fazendo forte ainda em nosso meio a cultura da lei, em detrimento da cultura da Constituição.

Canotilho chega a afirmar que embora ocorresse a derrogação do direito anterior, em face de Constituição nova, seria possível o exame da constitucionalidade desse direito, o que possibilitaria maior certeza e segurança jurídicas:

“Os juízes podem e devem conhecer da inconstitucionalidade do direito pré-constitucional e o TC pode julgar inconstitucionais normas cuja entrada em vigor retrotrai a um momento anterior ao da entrada em vigor da Constituição. (...) A inconstitucionalidade (plano de validade) conduz, num caso concreto, à revogação (plano de vigência). Daí que, na inconstitucionalidade superveniente, haja um concurso de revogação (leis que se sucedem no tempo) e nulidade (leis de hierarquia diferente em relação de contrariedade) (...) E o facto de as leis ordinárias anteriores inconstitucionais terem deixado de vigorar com a entrada em vigor da Constituição não significa a inutilidade de uma declaração expressa de inconstitucionalidade a efectuar pelo órgão com competência para esse efeito. (...) O princípio *tempus regit actum* leva a distinguir dois efeitos no tempo: a aprovação da norma rege-se pela lei constitucional vigente nesse momento; a aplicação da mesma norma tem de respeitar os princípios e normas constitucionais vigentes no momento em que se efectiva essa mesma aplicação.”²⁴

A lição de Canotilho é exemplar, no tocante ao Código Civil de 1916, pois, se fosse considerado constitucional diante da Constituição vigente

24. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 5. ed. refundida e aum., cit., p. 1.114 e ss.

ao tempo de sua promulgação, sua aplicação deveria respeitar aos princípios e normas da Constituição Federal de 1988, se é esse o momento em que se efetiva sua aplicação, sem a necessidade imperiosa de submeter suas normas a controle de constitucionalidade. Assim, bastaria desconsiderar as normas discriminatórias em relação às mulheres, ou melhor, considerá-las revogadas e aplicar o antigo Código, sob o prisma do princípio constitucional da igualdade.

Tal aplicação, entretanto, não ocorreu, e apenas o novo Código Civil é que expressamente aplica o princípio da igualdade entre mulheres e homens, como veremos a seguir, revogando expressamente o Código Civil de 1916.

4. O NOVO CÓDIGO CIVIL SOB A PERSPECTIVA DA IGUALDADE ENTRE MULHERES E HOMENS

Ironicamente, parece que a grande novidade do Código Civil aprovado após 26 anos de tramitação, pelo menos no que diz respeito à garantia de igualdade entre mulheres e homens, é repetir o que já disse a Constituição Federal de 1988, há mais de 10 anos.

Entretanto, por mais desnecessário que isso possa parecer num sistema jurídico hierárquico, no qual os dispositivos preconceituosos e discriminatórios em relação à mulher, do Código de 1916, já não deviam ser aplicados desde 1988, não eram poucos os que insistiam no modelo patriarcal, machista e assimétrico de relações de gênero, preferindo ignorar a transformação trazida pela Constituição.

Então, hoje se comemora o reconhecimento pelo Código Civil de um princípio já conquistado pelo movimento de mulheres durante sua ativa participação, através das emendas populares, na Assembléia Nacional Constituinte.

No plano jurídico nacional, a Constituição de 1988 é um marco no tocante aos novos direitos da mulher e à ampliação de sua cidadania.

A Constituição, documento jurídico e político das cidadãs e cidadãos brasileiros, buscou romper com um sistema legal fortemente discriminatório em relação ao gênero feminino.

Foi assim constitucionalizada, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (não só do homem ou da mulher). Um dos objetivos fundamentais de nosso país é a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Reforçando essa idéia, a Constituição de 1988 prevê como direito constitucional a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações.

Prevê, ainda, o direito das mulheres presidiárias de terem asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos, durante o período de amamentação.

Temos, como direito social, a proteção à maternidade e da infância, de forma que a mulher tem direito à licença-gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias e garantia de estabilidade, desde a confirmação da gravidez, até 5 meses após o parto.

No tocante ao exercício do trabalho, fica proibida a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e o mercado de trabalho da mulher deve ser protegido mediante incentivos específicos.

Também deve ser assegurada assistência gratuita aos filhos e dependentes, desde o nascimento, até seis anos de idade em creches e pré-escolas.

No capítulo que trata da família, mais uma vez foi destacado que os direitos e deveres devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher no casamento. Reconhece o dever do Estado de proteger a família que pode ser formada pelo casamento, pela união estável ou pela mãe e os

filhos ou pelo pai e os filhos, sendo dever do Estado assegurar assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência doméstica.

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

Como é possível observar, nossa Constituição avançou muito na promoção e defesa dos direitos da mulher. O novo Código Civil assumiu esses novos paradigmas, principalmente em relação à igualdade entre mulheres e homens, mas deixou de avançar, principalmente se pensarmos que lá se vão mais de 10 anos da aprovação da Constituição Federal de 1988 e hoje falamos em “guarda compartilhada”, “direitos sexuais e reprodutivos”, “ações afirmativas”, “discriminação positiva”, “direitos dos homossexuais”, “novas tecnologias de reprodução”, “bioética”, “biodireito”, “internet” e tantos outros temas, que ficaram de fora do novo Código.

Silvia Pimentel reconhece o avanço representado pelo novo Código Civil, ao analisá-lo sob a ótica de gênero:

“Os avanços são claros. O novo Código Civil inova na medida em que elimina normas discriminatórias de gênero, como, por exemplo, as referentes à chefia masculina da sociedade conjugal; à preponderância paterna no pátrio poder e à do marido na administração dos bens do casal, inclusive dos particulares da mulher; à anulação do casamento pelo homem, caso ele desconheça o fato de já ter sido a mulher deflorada e à deserdação de filha desonesta que viva na casa paterna.

Inova, também, ao introduzir expressamente conceitos como o de direção compartilhada, em vez de chefia masculina da sociedade conjugal; como o de poder familiar compartilhado, no lugar da prevalência paterna no pátrio poder; substitui o termo ‘homem’,

quando usado genericamente para referir ao ser humano pela palavra ‘pessoa’; permite ao marido adotar o sobrenome da mulher; e estabelece que a guarda dos filhos passa a ser do cônjuge com melhores condições de exercê-la; e em alguns outros aspectos.

Contudo, o novo Código Civil ainda contempla alguns conceitos e valores anacrônicos. A título de exemplo, ressaltamos no artigo 1.573, VI, o fato de que ‘conduta desonrosa’ possa ensejar ação de separação por parte de qualquer um dos cônjuges. Sob a aparência de uma neutralidade ideológica quanto ao gênero, a expressão ‘conduta desonrosa’ apresenta-se como passível de ser atribuída a ambos os sexos. Contudo, tradicionalmente, expressões alusivas à *honra* e à *honestidade*, em nossa legislação civil, estão carregadas de conotações pejorativas e discriminatórias quanto à sexualidade das mulheres.

Outro exemplo é o seu artigo 1.520, que permite o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal. Em nosso entender, esse artigo relaciona-se à extinção da punibilidade prevista no Código Penal, aplicável aos casos em que a vítima de delitos sexuais se casa com o agressor. Pressuposto para este benefício consiste no fato de a vítima ter sua ‘honra preservada’ através do casamento. Mantém-se, assim, no novo Código Civil, o tradicional papel destinado à mulher na sociedade: o casamento. Essa norma viola o princípio da igualdade e fere a dignidade e os direitos humanos das mulheres, ao atribuir ao casamento o caráter reparador da violência cometida e, conseqüentemente, também o de gerador da impunidade.

Ressalte-se, ainda, o inciso I do artigo 1.736 do novo Código Civil, o qual estabelece que podem escusar-se da tutela as mulheres casadas, sem, contudo, haver norma equivalente com relação ao homem casado.

O artigo 1.523 do novo Código Civil constitui anacronismo ao estabelecer que não se devem casar a viúva ou a mulher cujo

casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal. Hoje, essa restrição, fundada na problemática de uma possível confusão sobre a paternidade, tornou-se sem sentido, sendo certo que os progressos da ciência médica e biológica, em especial da genética, possibilitam a segura comprovação de paternidade através de exames cada vez mais precisos e acessíveis.

Importa reafirmar: alguns anacronismos como os mencionados não impedem o reconhecimento de que o novo Código Civil representa um grande avanço e, especialmente, no que diz respeito à igualdade de direitos de homens e mulheres.”²⁵

A análise dos dispositivos no novo Código, sob uma perspectiva de gênero, nos permite afirmar que finalmente aplica-se o princípio constitucional da igualdade entre mulheres e homens.

Nesse sentido, merece destaque o novo dispositivo que considera sujeito de direitos e obrigações “a pessoa” e não mais “o homem”. Esse é um dos conceitos essenciais do Código Civil que regula as relações civis entre as pessoas: mulheres e homens. A redação antiga, que contaminava todo o Código, referia-se apenas ao gênero masculino como expressão de toda a humanidade.

Na parte em que trata do direito de família, ficou expressa a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges no casamento. Considerando que apenas um pouco mais da metade dos chefes de família (55,3%) da Região Metropolitana do Estado de São Paulo são casados²⁶, havendo um crescente número de famílias chefiadas por mulheres, muitas das quais viúvas, seria mais apropriado falar de igualdade de direitos e deveres na

25. Sílvia Pimentel, *Perspectivas jurídicas da família: o novo Código Civil Brasileiro e algumas considerações sobre a violência familiar e o direito*, mimeo, junho de 2002. A autora realiza nesse texto uma excelente análise das inovações trazidas pelo novo Código Civil, sob a ótica da igualdade entre os gêneros.

26. Pesquisa de condições de vida realizada pela Fundação SEADE (1998).

família, entre todos os seus componentes, que pode ser constituída pelo casamento ou não.

De qualquer forma, fica definitivamente revogado o dispositivo que estabelecia: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher” e que lhe atribuía a representação legal da família, a administração dos bens comuns, o direito de fixar o domicílio da família e o direito de anular o casamento se descobrisse que a mulher não era virgem quando casou, ou na linguagem pudica do Código, “deflorada”. Também não se pode mais “presumir a mulher autorizada pelo marido para a compra das coisas necessárias à economia doméstica”. Na nova redação do Código, a direção da sociedade conjugal é exercida em colaboração, pelo marido e pela mulher, no interesse do casal e dos filhos.

A esse respeito destaca Silvia Pimentel que:

“Com ligeira reformulação, o Código Civil ainda vigente, de 1916, mantém, em seu art. 233, o texto original que atribuiu ao *marido* a chefia da sociedade conjugal, acrescentando, apenas, que ele exerce esta chefia com a colaboração da *mulher*, no interesse comum do casal e dos filhos.

Como já mencionado, a discriminação de gênero existente no Código Civil de 1916 ocorre, primordialmente, em relação à *mulher* casada. A superioridade masculina, na relação do casamento, expressa neste artigo, é o paradigma que tem justificado a grande parte das discriminações existentes na legislação civil brasileira.

Não é difícil descobrir, na figura da chefia masculina da sociedade conjugal, reminiscências do Direito Romano e das velhas Ordenações do Reino.²⁷

27. “Mulher – tem fraqueza de entendimento” (Brocardo 121, extraído da legislação brasileira de 1969, por Candido Mendes de Almeida, Ordenações Filipinas, liv. IV, títs. 61 e 107). Para Clóvis Beviláqua, civilista, autor do Código Civil Brasileiro: “Em tudo aquilo que exigir mais larga e mais intensa manifestação, de energia intelectual, moral e física o homem será mais apto que a mulher”. (*Código Civil comentado*, 1916, v. 1, p. 183).

Pelo novo Código Civil, artigo 1.565, o *homem* e a *mulher*, pelo casamento, assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Pelo artigo 1.567, a direção da sociedade conjugal cabe ao *marido* e à *mulher*; que a exercerão sempre no interesse do casal e dos filhos.

No caso de divergência qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz.

Foi o movimento social organizado de *mulheres* que após longos anos de luta conquistou esta igualdade. As *mulheres* contribuíram de forma valiosa ao processo constituinte (de 1986 a 1988) e conseguiram que, de forma expressa, a igualdade de direitos de *homens e mulheres* fosse estabelecida na Constituição Federal de 1988²⁸, inclusive na parte área de família.”²⁹

O novo Código Civil iguala para 16 anos a idade mínima em que mulheres e homens podem casar-se, desde que autorizados pela mãe e pai. Em caso de discordância, não prevalece mais a vontade paterna, devendo a divergência ser submetida à Justiça.

Com relação ao nome, tanto o homem quanto a mulher podem acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

No tocante aos deveres, ambos são responsáveis pelos encargos da família. Por “encargos” devemos entender não apenas os aspectos econômicos e materiais, mas o cuidado com a casa, a educação dos filhos, a divisão das tarefas domésticas etc.

28. Em histórica conferência nacional, promovida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, em Brasília, no Congresso Nacional, em agosto de 1986, mais de 1.500 mulheres de todo o Brasil concluíram o processo de elaboração da “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”. Praticamente 80% das reivindicações dessa Carta foram incorporadas à Constituição Federal de 1988.

29. Sílvia Pimentel, *Perspectivas jurídicas da família: o novo Código Civil Brasileiro e algumas considerações sobre a violência familiar e o direito*, cit.

No momento da separação o Código faz menção à possibilidade de o pedido fundar-se no “abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo”. É preciso tomar cuidado na interpretação desse motivo, pois muitas vezes a mulher se vê obrigada a fugir de sua própria casa em virtude de violência física, sexual e psicológica, ameaças e por temer por sua própria vida e de seus filhos e, nesse caso, o abandono é plenamente justificável.

Definitivamente fica proibida qualquer distinção entre os filhos, sejam eles naturais ou adotivos, concebidos dentro ou fora do casamento, ou em qualquer outra circunstância, o que consolida a previsão nesse sentido que já havia na Constituição Federal de 1988. E já não se fala mais em “pátrio poder”, mas em “poder familiar”, que é exercido pela mãe e pelo pai.

Entretanto, nesse tema dos filhos há uma nova norma que nos preocupa, pois determina que, na hipótese de discordância no tocante à guarda, ela deva ser atribuída “a quem revelar melhores condições”. Ora, o que se quer dizer com essa expressão? Melhores condições financeiras, econômicas, materiais? Se for essa a interpretação predominante, com toda a certeza, o princípio da igualdade será desrespeitado, já que todos os dados coletados a respeito da inserção da mulher no mercado de trabalho mostram o quanto a situação ainda é discriminatória, já que elas recebem menos que os homens, ocupam postos menos regulamentados e não ocupam a mesma proporção de postos de chefia e comando. Ademais, hoje ainda ocorre um fenômeno mundial, que vem sendo denominado internacionalmente de feminização da pobreza, pois a maioria das um milhão e quinhentas mil (1.500.000) pessoas que vivem com 1 dólar ou menos por dia são mulheres. Em todo o mundo, segundo dados divulgados pela Organização das Nações Unidas (ONU), por ocasião do encontro mundial de avaliação dos cinco anos da Conferência Mundial de Pequim, as mulheres ganham um pouco mais de 50% do que recebem os homens. Ou seja, a pobreza no mundo afeta sobretudo as mulheres e os efeitos negativos do processo de globalização da economia repercutem

desproporcionalmente sobre a mulher. Dessa forma, não podemos traduzir “melhores condições” por “melhores condições financeiras”. Melhores condições deverão levar em consideração o bem-estar dos filhos, que poderão ficar até mesmo com o cônjuge com pior condição econômica, devendo o/a outro/a pagar pensão alimentícia. Ou seja, não podemos interpretar o novo dispositivo para discriminar e prejudicar a mulher que desejar ficar com a guarda dos filhos e que não tenha as mesmas condições financeiras do marido, mas que pode se revelar em melhores condições psicológicas, sociais, emocionais, intelectuais e afetivas, o que efetivamente garantirá uma situação de maior bem-estar para os filhos.

Outra novidade diz respeito ao regime de bens no casamento, que passa a ser passível de alteração após sua celebração. Ou seja, caso os cônjuges percebam que outro arranjo para os bens do casal será melhor do que o inicialmente escolhido, a mudança passa a ser possível.

Por fim, vale mencionar a entrada no novo Código da união estável, que já constava da Constituição Federal e de leis esparsas, ao reconhecer como “entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família”. Ou seja, não há um prazo mínimo de convivência para a caracterização da união estável, o que permite a apreciação das circunstâncias de cada caso concreto pelo/a juiz/a de direito. Para transformar a união estável em casamento basta o pedido dos companheiros e assento no registro civil. A companheira e o companheiro também participam da herança do outro quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável.

Isso nos mostra que a busca da igualdade deve continuar no novo século, pois a igualdade que se deseja vai além da igualdade formal, garantida pelo Direito, que prevê a igualdade de todos perante a lei. As mulheres querem igualdade real, com respeito às suas diferenças. Isso quer dizer igualdade nas oportunidades de trabalho, no salário, na escola, na

família, na educação dos filhos, na divisão das tarefas domésticas³⁰, no acesso ao poder político e especial proteção quando se trata de sua vulnerabilidade no tocante à maternidade, à violência doméstica etc.

Essa deve ser uma preocupação de todos: mulheres e homens, juntos, pela construção de uma sociedade mais democrática e igualitária.

5. CONCLUSÃO

O novo Código Civil implementa, definitivamente, o princípio constitucional da igualdade entre mulheres e homens, revogando expressamente os inúmeros dispositivos do Código Civil de 1916 fundados no modelo patriarcal e assimétrico de relações humanas, no qual a mulher se via subordinada ao homem, em afronta ao que passou a prescrever a Constituição Federal de 1988. Entretanto, muito deixou de avançar em relação às questões mais atuais e que não foram reguladas pelo novo Código, como, por exemplo, os direitos civis das pessoas homossexuais, os direitos sexuais e reprodutivos, entre outras.

Porém, o novo Código Civil, ao rever as várias normas discriminatórias, a começar pela que reconhecia, como sujeito de direitos, apenas o “homem”, caminha para a implementação de uma sociedade na qual a igualdade possa ser reconhecida como princípio a nortear todas as ações do Poder Público, em todas as suas esferas: executiva, legislativa e judiciária.

30. Em outubro de 2001, o Núcleo de Opinião Pública da Fundação Perseu Abramo realizou uma extensa pesquisa intitulada “A Mulher Brasileira nos Espaços Público e Privado”, formando um retrato de como vivem e o que pensam 61,5 milhões de brasileiras. A pesquisa realizada observou que, ao lado da conquista das brasileiras, consistente na sua participação crescente no mercado de trabalho, convive a debilidade da contrapartida masculina na divisão do trabalho doméstico. Ou seja, entre os casais brasileiros, se quase a totalidade dos homens são provedores (93%) e praticamente a totalidade das mulheres executam ou chefiam as tarefas domésticas (97%), quase a metade das mulheres também é provedora (45%), contra apenas 1/5 dos homens que também participa do trabalho doméstico (20%). Esse é o retrato atual da desigualdade da divisão sexual do trabalho social, remunerado ou não. Os dados completos da pesquisa estão disponíveis em <www.fpabramo.org.br>. Ver análise parcial dos resultados em: Gustavo Venturi; Marisol Recamán, Afinal, o que querem as mulheres?, *Revista Teoria e Debate*, São Paulo, Fundação Perseu Abramo, n. 50, fev./abr. 2002.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Flávia Piovesan¹ e Daniela Ikawa²

*A extorsão, o insulto, a ameaça,
o cascudo, a bofetada, a surra, o açoite,
o quarto escuro, a ducha gelada,
o jejum obrigatório, a comida obrigatória,
a proibição de sair,
a proibição de se dizer o que se pensa,
a proibição de fazer o que se sente,
e a humilhação pública
são alguns dos métodos de penitência e
tortura tradicionais na vida da família.
Para castigo à desobediência e exemplo de liberdade,
a tradição familiar perpetua uma cultura do terror
que humilha a mulher,
ensina os filhos a mentir
e contagia tudo com a peste do medo.
Os direitos humanos deveriam começar em casa –
comenta comigo, no Chile, Andrés Domínguez.*

(Eduardo Galeano, A cultura do terror 4, *Mulheres*,
Porto Alegre, L & PM, 2000, p. 69.)

Sumário: 1 - Introdução; 2 - O Processo de Internacionalização de Direitos e a Proteção da Mulher; 3 - A Positivização Internacional dos Direitos das Mulheres; 4 - Os Mecanismos Internacionais de Proteção à Mulher; 5 - Violência Doméstica e o Ordenamento Jurídico Brasileiro; 6 - Consolidação de Estereótipos no Direito Civil: Base para a Violência Doméstica; 7 - Cultura da desigualdade: Base para a impunidade na esfera penal; 8 - Conclusão.

-
1. Professora Doutora da PUC/SP de Direitos Humanos e Direito Constitucional, Procuradora do Estado de São Paulo e membro do CLADEM.
 2. Mestre em Direito pela Columbia University (EUA), doutoranda pela USP e auxiliar de ensino voluntária da disciplina de Direitos Humanos dos Programas de Graduação e Pós-graduação da PUC/SP.

1. INTRODUÇÃO

Aos 38 anos, Maria da Penha Maia Fernandes era vítima, pela segunda vez, de tentativa de homicídio. Essa violência se cobriu, todavia, de ao menos duas peculiaridades: o agente do crime, que deixou Maria da Penha irreversivelmente paraplégica, não era um desconhecido, mas seu próprio marido, e as marcas físicas e psicológicas derivadas da violência foram agravadas por um segundo fator, a impunidade. Passaram-se dezenove anos da instauração do processo penal, sem que houvesse qualquer decisão definitiva dos tribunais brasileiros.³

O caso de Maria da Penha é elucidativo de uma forma de violência que atinge principalmente a mulher: a violência doméstica. Alguns estudos apontam a dimensão do problema. Segundo pesquisa feita pela *Human Rights Watch* (*Injustiça criminal x violência contra a mulher no Brasil*), de cada 100 mulheres assassinadas, 70 o são no âmbito de suas relações domésticas. De acordo com pesquisa realizada pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos (*Primavera já partiu*), 66,3% dos acusados em homicídios contra mulheres são seus parceiros⁴. Ainda, no Brasil, a impunidade acompanha intimamente essa violência⁵. Estima-se que, em 1990, no Estado do Rio de Janeiro, nenhum dos dois mil casos de agressão contra mulheres registrados em delegacias terminou na punição do acusado. No Estado do Maranhão, relata-se, para esse mesmo ano, que dos quatro mil casos registrados, apenas dois haviam resultado em punição do agente⁶. De acordo com relatórios recentes das Nações Unidas, o problema ocorre não apenas em classes socialmente mais desfavorecidas e em

3. Ver, a respeito: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe n. 54/01, caso 12.051, *Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil*, 16.4.2001.

4. Flávia Piovesan; Silvia Pimentel, Conspiração contra a impunidade, *Folha de S. Paulo*, 25 nov. 2002, p. A3.

5. *Jornal da Redesaúde*, Informativo da Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos, n. 19, nov. 1999, apud Valéria Pandjarian, *Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na legislação*. (mimeo)

6. Americas Watch, Criminal injustice: violence against women in Brazil, in Henry Steiner; Philip Alston, *International human rights in context*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 171.

países em desenvolvimento, como o Brasil, mas em diferentes classes e culturas.⁷

Como explicita um relatório produzido pelo Movimento Popular da Mulher – MPM e pelo Coletivo de Mulheres Negras – Nzinga, em parceria com o Pronto-Socorro do Hospital Municipal Odilon Behrens e Pronto Socorro João XXIII, de Minas Gerais, *no mundo*, “um em cada 5 dias de falta ao trabalho é decorrente de violência sofrida por mulheres em suas casas⁸; a cada 5 anos a mulher perde 1 ano de vida saudável se ela sofre violência doméstica; o estupro e a violência doméstica são causas significativas de incapacidade e morte de mulheres em idade produtiva (...). A violência doméstica compromete 14,6% do Produto Interno Bruto (PIB) [da América Latina], cerca US\$ 170 bilhões. [No Brasil], a violência doméstica custa ao país 10,5% do seu PIB”.⁹

Por sua vez, a pesquisa *A mulher brasileira nos espaços público e privado*, realizada em outubro de 2001 pelo Núcleo de Opinião Pública (NOP) da Fundação Perseu Abramo, revela que uma mulher brasileira é espancada a cada 15 segundos. Ressalte-se que, segundo a ONU, no mundo, a violência doméstica é a principal causa de lesões em mulheres entre 15 e 44 anos.

7. Estabelece o Comitê pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ao analisar o artigo 16 da Convenção, que: “*Family violence is one of the most insidious forms of violence against women. It is prevalent in all societies. Within family relationships women of all ages are subjected to violence of all kinds, including battering, rape, other forms of sexual assault, mental and other forms of violence, which are perpetuated by traditional attitudes. Lack of economic independence forces many women to stay in violent relationships. The abrogation of their family responsibilities by men can be a form of violence, and coercion. These forms of violence put women’s health at risk and impair their ability to participate in family life and public life on a basis of equality.*” (Comitê pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. *Violence against women*. CEDAW General Recom. n. 19, A/47/38. (General Comments), 29.1.1992).

8. O impacto da violência contra a mulher no ambiente de trabalho é reconhecido pelo Comitê pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Diz o Comitê, ao analisar o artigo 11 da Convenção: “*Equality in employment can be seriously impaired when women are subjected to gender-specific violence (...).*” (*Violence against women*. CEDAW General recom. n. 19, A/47/38. (General Comments), 29.1.1992).

9. *Jornal da Redesaúde*, Informativo da Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos, n. 19, nov. 1999, apud Valéria Pandjarian, *Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na legislação*. (mimeo)

O caráter generalizado da violência contra a mulher, a tolerância social que a segue e as suas conseqüências na implementação de uma gama variada de direitos apontam para a relevância do tema. É com vistas a essa relevância que se tratará neste artigo das respostas jurídicas, produzidas no âmbito internacional, à violência doméstica.

2. O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DE DIREITOS E A PROTEÇÃO DA MULHER

Em princípio, o processo de internacionalização dos direitos da mulher se inicia com o processo de internacionalização dos direitos humanos. Em outras palavras, o reconhecimento de que o indivíduo é titular de direitos pelo mero fato de sua humanidade, pelo mero fato de ser pessoa atinge também as mulheres. Se o processo de internacionalização de direitos humanos ganhou impulso após a Segunda Guerra Mundial, em resposta às atrocidades cometidas pelo nazismo e à crença de que um sistema internacional efetivo de proteção de direitos poderia frear novas atrocidades¹⁰, o processo de internacionalização específico dos direitos das mulheres teve, em parte, impulso após esse mesmo marco histórico. Cabe, portanto, tratar inicialmente de alguns dos princípios que nortearam o processo de internacionalização dos direitos humanos em geral e que fundamentaram a concepção contemporânea desses direitos.

É no cenário do pós-guerra que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução.

Nesse sentido, em 10 de dezembro de 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como marco maior do processo de

10. Flávia Piovesan, *Direitos humanos e direito constitucional internacional*, 5. ed., São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 131.

reconstrução dos direitos humanos. Introduz ela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e pela indivisibilidade desses direitos. Caracteriza-se pela universalidade, ao clamar pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e a titularidade de direitos. Caracteriza-se pela indivisibilidade, ao reconhecer que a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

Ressalte-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu parágrafo 5º, afirma que: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

Nessa linha, a Declaração de Viena de 1993, subscrita por 171 Estados, endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, revigorando o lastro de legitimidade da chamada concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração de 1948. Note-se que, enquanto consenso do pós-guerra, a Declaração de 1948 foi adotada por 48 Estados, com 8 abstenções. Assim, a Declaração de Viena de 1993 estende, renova e amplia o consenso sobre a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.¹¹

11. Acrescente-se ainda que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, em seu parágrafo 18, afirma que os direitos humanos das mulheres e das meninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. Essa concepção foi reiterada pela Plataforma de Ação de Pequim, de 1995.

Considerando esse consenso, que norteia o processo de internacionalização dos direitos humanos, há que se avaliar de que modo a agenda de proteção dos direitos humanos foi, gradativamente, ampliando-se e incorporando novos direitos, sob a perspectiva de gênero.¹²

Como já mencionado, a partir da Declaração Universal de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais que, ao menos em princípio, abarcariam também os direitos das mulheres.

A primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada, contudo, pela tônica da proteção geral, que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio), com base na igualdade formal. A título de exemplo, basta avaliar quem é o destinatário da Declaração de 1948, bem como basta atentar para a Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, também de 1948, que pune a lógica da intolerância pautada na destruição do “outro”, em razão de sua nacionalidade, etnia, raça ou religião.

A persistência da violência doméstica, a pequena participação da mulher na política, a diferença de salários baseada unicamente no gênero ou na raça indicaram (e ainda indicam) que a enunciação geral de direitos dessa primeira fase não foi suficiente para resguardar os direitos de grupos de indivíduos portadores de vulnerabilidades específicas e, portanto, carentes de meios específicos de proteção. Percebeu-se a necessidade de se transitar do paradigma do homem, ocidental, adulto, heterossexual e

12. O gênero é aqui concebido como uma relação entre sujeitos socialmente construídos em determinados contextos históricos, atravessando a identidade de homens e mulheres. O gênero é também um dos pilares fundantes das relações sociais, pois regula as relações homem-mulher, homem-homem e mulher-mulher. Por ser socialmente construído, o gênero corporifica a sexualidade (não o inverso), que é exercida como uma forma de poder. É o exercício desse poder que serve como ponto de apoio para a desigualdade de gênero. Ver: Heleieth I. B. Saffioti; Suely Souza Almeida, *Violência de gênero – poder e impotência*, Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

dono de um patrimônio para a visibilidade de novos sujeitos de direitos. Nesse cenário, ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. É o respeito à diferença e à diversidade o que assegura aos novos sujeitos de direitos um tratamento especial.

Nesse sentido, firmam-se tanto nas Nações Unidas, quanto no sistema interamericano de direitos humanos, sistemas especiais de proteção aos direitos humanos, estruturados por convenções que explicitam as especificidades de certos sujeitos de direitos, como as crianças, os membros de minorias étnicas, as mulheres. Esses sistemas especiais, voltados à especificidade e à concretude dos sujeitos de direitos, passam a complementar os sistemas gerais, endereçados a toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade. Os sistemas gerais e especiais interagem em benefício dos indivíduos protegidos, tendo como valor fonte a dignidade da pessoa humana.

Mais especificamente, a conexão entre o gênero, direitos humanos, e a espécie, direitos das mulheres, se faz por um princípio de igualdade de consideração e respeito, que fundamenta o próprio discurso dos direitos humanos. Trata-se de uma gramática da inclusão, da percepção e da consideração da diferença, inclusive da diferença de gênero.

Essa gramática da inclusão foi abarcada pelos sistemas especiais de proteção a direitos, no caso das mulheres, pela Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, no âmbito das Nações Unidas¹³, e pela Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a Convenção de Belém do Pará, no âmbito do sistema interamericano. A Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi ratificada pelo Brasil em 1984, e a Convenção de Belém do Pará, em 1995. Os direitos previstos nessas convenções passaram, por conseguinte, a integrar o ordenamento jurídico

13. No âmbito das Nações Unidas, ainda não há um tratado específico de proteção, no que toca à violência contra a mulher. Há apenas uma declaração, sem caráter juridicamente vinculante: a Declaração para a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993).

brasileiro, com *status* de norma constitucional, nos termos do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal.

3. A POSITIVAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DAS MULHERES

A Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção de Belém do Pará foram amplas o bastante, primeiro, para quebrar, no âmbito jurídico, a dicotomia entre o público e o privado; segundo, para abarcar tanto direitos civis e políticos, quanto direitos econômicos, sociais e culturais, ressaltando a necessidade de implementação de ambas as categorias de direitos para o desenvolvimento da dignidade humana.

A dicotomia entre o público e o privado consiste na separação entre uma arena pública, na qual se impõe o Direito, e uma arena privada, na qual não se admite a interferência jurídica. Se o Direito, entendido como uma rede de garantias à preservação da dignidade individual, da igualdade de consideração e respeito, não é tolerado nessa esfera, cobrem-se os indivíduos que a ela pertencem por um manto de invisibilidade.

A invisibilidade para o Direito, na esfera familiar, implica, no mais das vezes, uma desigualdade de base patriarcal. Essa desigualdade, contudo, é aceita como decorrência, na expressão de Cristina Bruschini, de uma “naturalização” de um determinado modelo familiar, que aponta funções diversas ao homem e à mulher, tendentes à inferiorização dessa, tanto no âmbito do trabalho, quanto nos âmbitos sexual e reprodutivo.¹⁴

A Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção de Belém do Pará quebraram, no que tange ao Direito, a dicotomia entre o público e o privado, isto é, romperam a naturalização da invisibilidade, ao consolidarem um dever-ser específico:

14. Cristina Bruschini, Teoria crítica da família, in Maria Amélia Azevedo; Viviane Guerra, *Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento*, São Paulo: Cortez, 2000, p. 50-79.

o da igualdade de consideração e respeito. Permitiram, nesse cenário, que o Direito se estendesse ao âmbito doméstico, alcançando diversas formas de desigualdade afirmadas nesse ambiente. De um lado, explicitaram a aplicabilidade do Direito a casos de violência ocorridos na esfera doméstica¹⁵, enunciando os direitos da mulher à vida, à integridade física, à saúde, a não ser submetida à tortura. De outro, apontaram a necessidade da alteração de papéis sociais estanques, ressaltando a responsabilidade comum de homens e mulheres pela educação dos filhos, a responsabilidade comum dos cônjuges pela administração da propriedade, a igualdade de direitos pessoais no casamento, inclusive no que se refere à escolha de sobrenome e profissão, a participação da mulher nas esferas política e econômica no mesmo patamar que o homem¹⁶. Ressaltaram, por fim, que o conceito de discriminação contra a mulher inclui a violência baseada no gênero.¹⁷

No que concerne especificamente à violência doméstica contra a mulher, tem-se que a Convenção de Belém do Pará define, inicialmente, em seu artigo 1º, a violência contra a mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada”. Em seguida, afirma, em seu artigo 2º, alínea a, que essa violência pode ocorrer “no âmbito da família ou na unidade doméstica, ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não da mesma residência com a mulher, incluindo, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual”¹⁸. A Convenção de Belém do Pará é

15. Ver artigos 5º(b), 7º, 10(c), 11 e 16 da Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

16. Ver artigos 1º e 2º, da Convenção de Belém do Pará.

17. Ver Recomendação Geral n. 19 do Comitê pela Eliminação da Discriminação contra a Mulher.

18. A Declaração para a Eliminação da Violência contra a Mulher, no mesmo sentido, define, em seu artigo 1º, violência contra a mulher como “qualquer ato de violência baseado no gênero que resulte, ou que tenda a resultar, em dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, incluindo a ameaça de tais atos, a coerção ou a restrição arbitrária da liberdade, seja na vida pública, seja na vida privada” (tradução livre do inglês) A Declaração estabelece ainda o dever dos Estados de condenar e eliminar a violência contra a mulher, não invocando qualquer costume, tradição ou consideração religiosa para afastar suas obrigações concernentes à eliminação dessa violência (art. 4º).

o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos a reconhecer, de forma enfática, a violência contra a mulher como um fenômeno generalizado, que alcança, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, um elevado número de mulheres. A Convenção afirma que a violência contra a mulher constitui grave violação aos direitos humanos e ofensa à dignidade humana, sendo manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.

A Convenção pela Eliminação da Discriminação contra a Mulher ressalta, por sua vez, a necessidade de proteção tanto de direitos civis e políticos, quanto de direitos econômicos, sociais e culturais; tanto dos direitos à educação, ao trabalho, à seguridade social, ao lazer; quanto dos direitos à participação na vida pública e política, à igualdade no casamento, à liberdade de movimento, à integridade física.

Há entre esses dois aspectos abordados pelas Convenções – a quebra da dicotomia e a integração dos direitos – o objetivo comum de promover o desenvolvimento integral da mulher. Nesse sentido, destaque-se que quanto maior a possibilidade de efetivação de direitos da mulher, em linhas gerais, menor a vulnerabilidade da mulher à violência; quanto maior a sua exposição à violência, menor a possibilidade de efetivação de seus direitos. Indica o artigo 6º da Convenção de Belém do Pará, nessa linha, que o direito de toda a mulher a viver livre de violência inclui o direito de ser livre de toda forma de discriminação e de ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e práticas sociais e culturais baseadas em conceitos de inferioridade ou subordinação.

4. OS MECANISMOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À MULHER

Além da quebra da dicotomia público-privado e do reconhecimento do direito ao desenvolvimento marcado pela previsão de direitos civis e políticos, de um lado, e de direitos econômicos, sociais e culturais, de

outro, a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção de Belém do Pará introduziram avanços no que tange aos mecanismos internacionais de implementação desses direitos.

A Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, por exemplo, impõe aos Estados-partes a obrigação de apresentar relatórios sobre a situação de direitos da mulher no país, inclusive no que toca à violência doméstica¹⁹: após o primeiro ano da ratificação, a cada quatro anos e quando solicitado pelo Comitê pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Os relatórios servem principalmente para dar vazão ao *power of shame* ou ao *power of embarrassment*, que pode exercer o Comitê em relação aos Estados violadores da Convenção. Ressalte-se que o Brasil concluiu apenas em 2002, dezoito anos após a ratificação da Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a elaboração de seu primeiro relatório.²⁰

Ainda, um Protocolo a essa Convenção, ratificado neste mesmo ano, 2002, pelo Brasil, permite que haja investigações *in loco*, isto é, investigações no território brasileiro, acerca de possíveis violações a direitos. Permite, também, e essa é a principal inovação do Protocolo para a sociedade civil, que qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos apresente reclamações relativas a violações a direitos da mulher ao Comitê pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

19. Ver, nesse sentido, as recomendações feitas pela Relatora Especial das Nações Unidas no que toca à violência contra a mulher. (Economic and Social Council. Commission of Human Rights. *Integration of the human rights of women and the gender perspective: violence against women. Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, E/CN.4/2002/83, 31.1.2002, 58TH Session, parágrafos 120 a 132).

20. A respeito, ver *Relatório Nacional Brasileiro – Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, Brasília, 2002. O relatório foi realizado por um consórcio de entidades e pessoas, referências do movimento de mulheres, em construtiva parceria com a Divisão de Direitos Humanos e Temas Sociais do Ministério das Relações Exteriores. Revela um dos mais amplos mapeamentos históricos da construção dos direitos das mulheres no Brasil.

A Convenção de Belém do Pará, por sua vez, convenção pertinente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, abre a possibilidade de apresentação de petições por qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Essas petições, que podem vir a chegar à Corte Interamericana de Direitos Humanos, tocam a denúncias acerca de eventual ação ou omissão do Estado quanto à prevenção, investigação e punição da violência contra a mulher; à adoção de normas penais, civis e administrativas que erradiquem a violência; ao estabelecimento de procedimentos justos e eficazes para a mulher que tenha sido submetida à violência.

Nessa linha, a Convenção de Belém do Pará responsabiliza o Estado não apenas pela sua atuação violenta contra a mulher, como também pela sua omissão, pela sua ineficácia em erradicar a violência cometida por particulares, seja na esfera pública, seja na esfera privada.

5. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Além dos dispositivos das Convenções pela Eliminação da Discriminação contra a Mulher e de Belém do Pará, incorporados ao direito constitucional brasileiro, há ainda outros princípios de cunho constitucional e infraconstitucional, que zelam pela proteção da mulher contra a violência doméstica. Na arena constitucional, ressalta-se o artigo 226, parágrafo 8º, que estabelece que o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Na arena infraconstitucional, destaca-se a Lei n. 8.072/90, que considera o estupro e o atentado violento ao pudor crimes hediondos (art. 1º, incs. V e VI). A lei estabelece ainda o agravamento da pena para quaisquer casos em que a vítima não puder oferecer resistência. Ressaltam-se, ademais disso, a Lei n. 9.520/97, que derroga o artigo 35 e seu parágrafo

único do Código de Processo Penal, que determinavam que a mulher casada precisaria do consentimento do marido para o exercício do direito de queixa, salvo nos casos de queixa contra ele²¹, e a Lei n. 9.807/99, que dispõe sobre a proteção e a ajuda a vítimas de violência em geral.

A maioria dos crimes perpetrados no âmbito doméstico, consistentes em ameaças e lesões corporais leves, são abarcados pela Lei n. 9.099/95 – uma lei que trata unicamente de infrações de menor potencial ofensivo²², prevendo a possibilidade de suspensão condicional do processo²³. Essa lei, que visava inicialmente tratar de infrações de trânsito, passou a ser aplicada primordialmente a ameaças e lesões corporais leves cometidas contra mulheres por seus maridos ou companheiros²⁴. Embora não consista em um instrumento adequado para lidar com a violência doméstica – até porque, por todos os seus graves reflexos, não se pode conceber essa violência como infração de menor potencial ofensivo – a Lei n. 9.099/95 traz, em seu artigo 69, uma inovação, acrescentada pela Lei n. 10.455/02. Segundo esse dispositivo, o juiz poderá determinar, como medida de cautela em caso de violência doméstica, o afastamento do agente do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Não se pode dizer, todavia, que haja no Brasil leis específicas suficientes de combate à violência doméstica para se efetivar a proteção da mulher no âmbito privado. Essa carência de leis específicas é ainda agravada pela persistência de regras civis e penais em dissonância com o princípio constitucional da igualdade. O estudo de algumas dessas regras se mostra relevante ao tema da violência doméstica, tendo-se em vista a ligação, já explicitada, entre a violência e a discriminação contra a mulher.

21. O artigo 35 do Código de Processo Penal estabelecia que: “A mulher casada não poderá exercer o direito de queixa sem consentimento do marido, salvo quando estiver dele separada ou quando a queixa for contra ele”. Seu parágrafo único abria, ainda, a possibilidade de suprimento do consentimento do marido pelo juiz.

22. Artigo 60 da Lei n. 9.099/95.

23. Artigo 89 da Lei n. 9.099/95.

24. Valéria Pandjarian, *Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na legislação* (mimeo).

Como já destacado anteriormente: o direito de toda a mulher a viver livre de violência inclui o direito de ser livre de toda forma de discriminação e de ser valorizada livre de padrões estereotipados de comportamento. Ainda, o direito de não ser discriminada abarca o direito de não ser submetida à violência.

6. CONSOLIDAÇÃO DE ESTEREÓTIPOS NO DIREITO CIVIL: BASE PARA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O Código Civil de 1916 foi expressamente alterado, após quatorze anos da promulgação da Constituição Federal que, em seu artigo 226, parágrafo 5º já estabelecia que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. O novo Código Civil, que entrou em vigor em 2003, repete esse princípio no seu artigo 1.511, ao consagrar que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, afastando uma série de iniquidades propugnadas pelo Código antigo.

Ilustrativamente, iguala-se, no novo Código, a idade mínima para o casamento (art. 1.517), responsabiliza-se conjuntamente o homem e a mulher pelos encargos da família na proporção de seus bens (arts. 1.565, 1.567, 1.568), delega-se para ambos os cônjuges a escolha do domicílio comum (art. 1.569). Ainda, a expressão pátrio poder é substituída pela expressão poder familiar.

Entretanto, em que pesem os avanços propostos pela Constituição Federal em 1988, consolidados pelo novo Código Civil em 2003 na quebra de estereótipos baseados no gênero, restam na jurisprudência decisões que reforçam papéis sociais discriminatórios. Um exemplo digno de nota refere-se à anulação de casamento por defloramento da mulher ignorado pelo marido. A regra, prevista no Código Civil de 1916, vinha sendo aplicada, ainda que pontualmente por tribunais brasileiros, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Cite-se a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo proferida em 1998:

“Remessa *ex-officio*. Ação de anulação de casamento. Defloração da mulher, ignorado pelo marido. Erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Procedência. Remessa improvida.

1 - Comprovado nos autos através do laudo de exame de conjunção carnal o defloração da mulher, o que era ignorado pelo marido, acertada a decisão que anula o casamento, na forma prevista nos artigos 218 e 219, inciso IV do Código Civil, por erro essencial sobre a pessoa do cônjuge, já que a ação foi proposta antes de dez dias da celebração do enlace.

2 - Remessa improvida. Unânime.” (TJES – Reexame Necessário n. 2979000136/Alegre, rel. Des. José Eduardo Grandi Ribeiro, j. 30.6.1998, v.u.).

A erradicação da violência doméstica contra a mulher ainda se depara, portanto, com regras que consolidam estereótipos afetos à visão de que, no âmbito privado, onde prevalece, em grande parte das vezes, o regime patriarcal, não se deve proteger mais do que o “direito” de domínio do homem, um “direito” que pode levar à tolerância da violência contra a mulher. Resta tanto ao novo Código Civil, quanto a futuras leis específicas de combate à violência doméstica, a alteração definitiva desse quadro jurisdicional conservador.

7. CULTURA DA DESIGUALDADE: BASE PARA A IMPUNIDADE NA ESFERA PENAL

No âmbito penal, destacam-se três obstáculos ao acesso da mulher, vítima de violência, à justiça²⁵: (a) a demora na prestação jurisdicional, especialmente no que toca à violência doméstica; (b) a inexistência de garantias processuais e de serviços sociais a mulheres vítimas de violência; e (c) a ausência de uma cultura inspirada na igualdade de gêneros.

25. Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, *Questão de vida*, Distribuição feita com apoio da Fundação Ford, OXFAM GB e NOVIB, 2000.

Estima-se que 70% das denúncias criminais de violência doméstica contra mulheres são suspensas, impossibilitando-se uma conclusão do processo, e que apenas 2% das denúncias criminais tocantes a essa forma de violência chegam à condenação do agressor.²⁶

A cultura da desigualdade, apontada acima como um dos obstáculos de acesso da mulher à justiça, pode ser ilustrada por dispositivos legais, por interpretações jurisprudenciais concernentes à legítima defesa da honra e pela demora na prestação da justiça. Quanto aos dispositivos legais, destacam-se os artigos 107 e 225 do Código Penal. O artigo 107 trata de casos de extinção de punibilidade. Estipula, em seu inciso VII, a extinção de punibilidade pelo casamento do agente com a vítima, nos “crimes contra os costumes”, inclusive nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Prevê, ainda, em seu inciso VIII, a extinção de punibilidade pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça, desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 dias. Já o artigo 225 do mesmo diploma legal estabelece que os “crimes contra os costumes”, inclusive estupro e atentado violento ao pudor, serão processados por ação penal de iniciativa privada, salvo em casos de pobreza ou de abuso do “pátrio poder”.

Tanto a regra do artigo 225, que sofre algumas flexibilizações pelo Supremo Tribunal Federal, quanto as do artigo 107 espelham uma visão discriminatória do papel da mulher na sociedade, que abre espaço para a tolerância do uso da violência contra ela. Primeiramente, os crimes relativos à liberdade sexual são classificados no Código Penal como crimes contra os costumes e não como crimes contra a pessoa, diferentemente, por exemplo, dos crimes de homicídio e de lesão corporal. Isso significa

26. Relatório da Universidade Católica de São Paulo, 1998 citado em Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, *Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil*, 16.4.2001, parágrafo 49. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 19.12.2002.

que, no balanço entre indivíduo e sociedade, ou mais especificamente, entre a mulher e a sociedade, prevalece a preocupação, no caso da violência sexual, com a preservação de valores da sociedade, em detrimento da preservação da esfera de autonomia e liberdade da mulher. Em outras palavras, os dispositivos explicitados procuram proteger não a pessoa, vítima da violência sexual, que na maior parte das vezes é a mulher²⁷, mas certos valores sociais, que percebem a vítima como a verdadeira culpada do crime, como aquela cuja honra necessita de reparação.

Esse argumento é explicitado, por exemplo, na extinção da punibilidade pelo casamento do autor do delito com a vítima. Essa norma apenas pode ser admitida em um sistema valorativo que percebe não no agente, mas na vítima, o objeto de vergonha, de destituição moral. Essa regra apenas pode ser tolerada em um sistema preocupado com um suposto bem-estar do indivíduo, derivado não da preservação de sua liberdade, no caso, de sua liberdade sexual, mas da preservação de uma idéia de honra construída socialmente sobre estereótipos, com base em uma dupla moral a qualificar o comportamento social de homens e mulheres.

Essa cultura da desigualdade de gênero é ainda explicitada na previsão, pelo artigo 225 do Código Penal, de ação de iniciativa privada para os casos de violência sexual. Novamente aqui se verifica essa inversão de

27. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos ressaltou no caso de Maria da Penha que: "As agressões domésticas contra mulheres são desproporcionalmente maiores do que as que ocorrem contra homens. Um estudo do Movimento Nacional de Direitos Humanos do Brasil compara a incidência de agressão doméstica contra mulheres e contra homens e mostra que, nos assassinatos, havia 30 vezes mais probabilidade de as vítimas do sexo feminino terem sido assassinadas por seu cônjuge, que as vítimas do sexo masculino. A Comissão constatou, em seu Relatório Especial sobre o Brasil, de 1997, que havia uma clara discriminação contra as mulheres agredidas, pela ineficácia dos sistemas judiciais brasileiros e sua inadequada aplicação dos preceitos nacionais e internacionais, inclusive dos procedentes da jurisprudência da Corte Suprema do Brasil." (Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, *Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil*, 16.4.2001, parágrafo 47. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 19.12.2002).

valores morais que situa a vítima como aquela que precisa se preservar contra a reprovação social, como aquela que pode preferir o silêncio e a impunidade à denúncia, como proteção a seus direitos. Nesse sentido, cite-se a observação feita pelo Comitê de Direitos Humanos sobre a legislação peruana, de que a previsão de ação privada, mais do que proteger o direito à privacidade das vítimas, procura afirmar um *dever de pudor* das mulheres.²⁸

Essa inversão de valores, que minimiza a relevância da violência contra a mulher, tolerando-a em nome da preservação de uma honra estereotipada, é ainda verificada em alguns casos judiciais. Em um estudo que tomou por base o período de 1988 a 1999, realizado por Silvia Pimentel e Valéria Pandjjarjian²⁹, constatou-se que, de quinze acórdãos referentes à legítima defesa da honra, dois acolheram-na em tese, mas não no caso concreto, e dois também no caso concreto³⁰. Isso implica que, embora em total dissonância com documentos legais internacionais e com a Constituição Federal, que propugnam uma efetiva igualdade entre o homem e a mulher, havia ainda em 1999, em decorrência de uma cultura de desigualdade entre os gêneros, o acatamento daquela tese por tribunais nacionais. O resumo de alguns desses casos pode ser extraído da obra de Pimentel e Pandjjarjian:

28. Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, *Questão de vida*, Distribuição feita com apoio da Fundação Ford, OXFAM GB e NOVIB, 2000, p. 183.

29. Ressaltam as autoras que a pesquisa não foi exaustiva, tendo-se restringido a "acórdãos publicados pelas principais revistas de jurisprudência do país e pela internet." (Silvia Pimentel; Valéria Pandjjarjian, Direitos humanos a partir de uma perspectiva de gênero, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, Centro de Estudos, n. 53, jun. 2000. Ver, ainda, Silvia Pimentel; Valéria Pandjjarjian, *Legítima defesa da honra*; Rebecca Cook; Flávia Piovesan e outros, *Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 105-121.

30. O Código Penal, em seus artigos 23 e 25, prevê a legítima defesa como causa de extinção da ilicitude. A legítima defesa consiste, por lei, na defesa que recorre de forma moderada a meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Deve haver, por conseguinte, uma proporcionalidade entre o direito que se quer defender e o meio utilizado.

“Apelação n. 11.266, 2.3.1988, Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

Resumo: Ex-concubino elimina a vítima sob a alegação de ter perdido a cabeça por ela ter insistido em dizer que iria dormir com outrem. O Tribunal do Júri acatou a tese da legítima defesa da honra. O Tribunal de Justiça do Espírito Santo não reconheceu esta excludente no caso, ordenando novo julgamento.

Argumentações significativas: ‘É manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do júri que reconhece legítima defesa da honra, ensejando a desclassificação para o excesso culposo, se o réu já não mais mantinha o concubinato com a vítima e barbaramente a esfaqueou sob a alegação de ter perdido a cabeça (...).’

Apelação n. 75.026-3, 2.5.1990, Tribunal de Justiça de São Paulo:

Resumo: Acusado que mata esposa adúltera. O Tribunal do Júri absolveu o réu, reconhecendo a legítima defesa da honra. Entretanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, embora reconhecendo ser esta excludente admissível em tese, não cabe no caso em questão, pois ausente o requisito da atualidade da agressão.

Argumentações significativas: ‘Não se pode repelir, preconceituosamente, a possibilidade da legítima defesa da honra em casos do tipo *sub judice*. Há opiniões divergentes na jurisprudência sobre o tema (...). Não há negar que julgados dos tribunais têm admitido a legítima defesa quando o cônjuge ultrajado mata o outro cônjuge ou o seu parceiro. Mas, via de regra, nessas decisões há uma constante: a flagrância do adultério (...). Ora, na hipótese a repulsa não foi imediata (...).’

Apelação n. 633.061-7, 6.12.1990, Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

Resumo: Ofensa à integridade física de companheira em razão desta ter-lhe confessado infidelidade. Foi mantida, pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, a decisão do juiz que em primeira

instância acolhe a tese da legítima defesa da honra pelo acusado que, dominado por violenta emoção, com moderada repulsa e em consonância com sua realidade, lesou a integridade corporal de sua companheira, aplicando-lhe alguns socos.

Argumentações significativas: ‘Ora, diante do confessório da infidelidade da mulher, não se pode vislumbrar nenhum arbítrio do julgamento do MM. Juiz de primeiro grau admitindo o reconhecimento da legítima defesa da honra. O *decisum* recorrido não está alheado da realidade social, não comportando um juízo de reforma. O complexo probatório é determinado no sentido de evidenciar que N. era adúltera, inobstante o concubinato que não exclui o dever de fidelidade recíproca.(...) Embora hodiernamente se possa reconhecer a atitude de quem mata ou fere a esposa ou companheira que trai como um preconceito arcaico, *in casu*, a honra do apelado foi maculada pela declaração da amásia, com quem vivia há longos anos, de que o traía com outro homem, não se podendo olvidar que, apesar da ilicitude da união, o casal possui quatro filhos.’

Apelação n. 137.157-3/1, 23.2.1995, Tribunal de Justiça de São Paulo

Resumo: Acusado que, surpreendendo a mulher em situação de adultério, mata-a juntamente com seu acompanhante. A tese da legítima defesa da honra foi aceita por expressiva maioria pelo Tribunal do Júri e confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao apelo do Ministério Público, mantendo a decisão do Júri.

Argumentações significativas: ‘Antonio, já antes ferido na sua honra, objeto de caçoada, chamado, agora sem rodeios, de chifrudo por pessoas daquela localidade, mal sabia o que o esperava. Entrou em casa e viu sua esposa e J. J. dormindo a sono solto, seminus, em sua própria cama e na presença de seu filho, cujo berço estava no mesmo quarto (...). Saísse ele daquela casa sem fazer o que fez e

sua honra estaria indelevelmente comprometida. (...) o réu foi educado em outra época, nas décadas de 20 e 30, quando a moral e os costumes ainda eram outros e mais rígidos talvez que os de agora, mas que por certo estavam incrustados em seu caráter de maneira a moldar sua personalidade com reflexos futuros perenes. (...) Sabe-se, é claro, que a questão relativa à legítima defesa da honra não é nova. Nem por isso, contudo, perde a atualidade. O assunto também não é pacífico, quer na doutrina, quer na jurisprudência. (...) O adultério, em geral, em todos os tempos, em todas as leis as mais primitivas e modernas, sempre foi considerado um delito, uma ação imoral e anti-social. (...) A ofensa do adultério não ocorre somente em relação ao indivíduo mas, também, às normas de conduta do grupo social; a reação pessoal é algo que possui e é movido por uma visível carga social. Reage o indivíduo em função de sua dignidade e em função do sentimento comum de valorização da coletividade. Reage porque a honra só pode ser entendida e existir sob um duplo caráter e sob o dever para consigo mesmo e para com a sociedade. Na luta por seu direito, outra não pode ser a sua atitude ou conduta como pessoa e como membro de um grupo numa dada coletividade organizada. Organismo social governado por valores que emanam das normas de cultura e das suas regras de conduta e que se relacionam com os seus princípios básicos (...) Quem age em defesa de sua personalidade moral, em qualquer dos seus perfis, atua como um verdadeiro instrumento de defesa da própria sociedade ao combater o delito, a violência, a injustiça, no próprio ato em que se manifestam. (...)’.”

Também nesses casos judiciais, como nos dispositivos legais anteriormente apontados, desloca-se a honra do indivíduo para uma construção social estereotipada dos papéis atribuídos aos gêneros. Se naquelas hipóteses legais a honra tratava não da liberdade sexual da mulher, mas de uma idéia de pureza sexual, aqui a honra versa não sobre uma atitude imoral do próprio indivíduo, mas sobre a de sua esposa, uma atitude que o

macularia em decorrência de uma percepção de que a mulher seria, de certa forma, propriedade de seu marido, propriedade da qual esse poderia dispor.

Como observa o Comitê pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o argumento da honra mascara uma necessidade dos homens, uma necessidade construída culturalmente, de controlar a sexualidade das mulheres. Afirma ainda o Comitê que, “em sociedades patriarcais, manter a honra da família é responsabilidade da mulher (...), que é vista mais como um bem do que como uma pessoa, dotada de dignidade”. Essa reificação da mulher pode ser percebida em ainda outra observação do Comitê, tocante ao fato de que, em algumas culturas onde se praticam crimes contra as mulheres em nome da honra, “o corpo da mulher é considerado o ‘repositório da honra da família’”³¹. Em todos os casos aqui apontados, prevalece, por conseguinte, a tolerância à violência e a impunidade, por força de uma cultura da desigualdade entre gêneros que ainda permeia a sociedade brasileira.

Todavia, insta destacar importante decisão do Superior Tribunal de Justiça que, em 1991, afastou a tese da “legítima defesa da honra” nos crimes passionais, ao afirmar que: “Não há ofensa à honra do marido pelo adultério da esposa, desde que não existe essa honra conjugal. Ela é pessoal, própria de cada um dos cônjuges.(...) O adultério não coloca o marido ofendido em estado de legítima defesa, pela sua incompatibilidade com os requisitos do artigo 25, do Código Penal”³². No entanto, ainda que afastado por essa decisão do Superior Tribunal de Justiça, o argumento da

31. Comitê pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. *Violence against women*. CEDAW General Recom. n. 19, A/47/38. (General Comments), 29.1.1992, parágrafos 27 e 28. É interessante notar que o Brasil é citado no parágrafo 34 dessa mesma recomendação como um país não muçulmano no qual crimes contra mulheres praticados em nome da honra ainda são tolerados.

32. STJ – REsp n. 1517-PR – 6ª T. – m.v. – 13.2.1991 – rel. Min. José Cândido, DJU, de 15.4.1991, p. 4.309. Ver ainda o relatório: Americas Watch, Projeto dos Direitos das Mulheres, “Injustiça Criminal: A violência contra a mulher no Brasil”, 1992.

“legítima defesa da honra”, como demonstrado, renasce em diversos casos como estratégia de defesa.

A última questão que se coloca, no âmbito penal, para ilustrar aquela cultura da desigualdade, é a da demora da prestação jurisdicional. Voltamos aqui ao caso de Maria da Penha elucidado no início deste artigo. Maria da Penha foi vítima de constantes agressões por parte de seu então esposo, agressões que culminaram, em 1983, na tentativa de homicídio que a deixou paraplégica. Em 1984, o caso foi levado à justiça penal brasileira pelo Ministério Público. Todavia, até 1998, não havia perante essa justiça qualquer decisão definitiva quanto ao caso.

A lentidão da justiça brasileira impulsionou as entidades CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) e CEJIL (Centro pela Justiça e o Direito Internacional) a apresentar, ainda em 1998, uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pautada principalmente no artigo 7º da Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ou a Convenção de Belém do Pará. Com base nesse dispositivo e na constatação da violência definida nos artigos 1º e 2º da Convenção³³, a Comissão Interamericana considerou que o Estado brasileiro havia violado as obrigações assumidas com a ratificação da Convenção de Belém do Pará. Citando a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão ressaltou, em termos gerais, que:

“O Estado está (...) obrigado a investigar toda situação em que tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção. Se o aparato do Estado age de maneira que tal violação fique impune e não seja restabelecida, na medida do possível, a vítima

33. Para que haja responsabilização do Estado-parte, a Convenção de Belém do Pará requer duas condições, como bem ressalta a Comissão: (a) que tenha havido violência nos termos definidos pela Convenção e (b) que o Estado-parte da Convenção tenha tolerado essa violência. (Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, *Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil*, 16.4.2001, parágrafo 54. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 19.12.2002).

na plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que não cumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição o exercício livre e pleno de seus direitos. Isso também é válido quando se tolera que particulares ou grupos de particulares atuem livre ou impunemente em detrimento dos direitos reconhecidos na Convenção. (...) A segunda obrigação dos Estados Partes é ‘garantir’ o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. Essa obrigação implica o dever dos Estados-partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Em consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e, ademais, procurar o restabelecimento, na medida do possível, do direito conculcado e, quando for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos. (...)”³⁴

Adicionou a Comissão, especificamente no tocante ao caso de Maria da Penha, que:

“No caso em apreço, os tribunais brasileiros não chegaram a proferir uma sentença definitiva depois de 17 anos, e esse atraso vem se aproximando da possível impunidade definitiva por prescrição, com a conseqüente impossibilidade de ressarcimento que, de qualquer maneira, seria tardia. A Comissão considera que as decisões judiciais internas neste caso apresentam uma ineficácia, negligência ou omissão por parte das autoridades judiciais brasileiras e uma demora injustificada no julgamento de um acusado, bem como põem em risco definitivo a possibilidade de punir o acusado e indenizar a

34. Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, *Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil*, 16.4.2001, parágrafos 42 a 44. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 19.12.2002.

vítima, pela possível prescrição do delito. Demonstram que o Estado não foi capaz de organizar sua estrutura para garantir esses direitos. (...) A impunidade que gozou e ainda goza o agressor e ex-espôso da Senhora Fernandes é contrária à obrigação internacional voluntariamente assumida por parte do Estado de ratificar a Convenção de Belém do Pará. A falta de julgamento e condenação do responsável nessas circunstâncias constitui um ato de tolerância, por parte do Estado, da violência que Maria da Penha sofreu, e essa omissão dos tribunais de justiça brasileiros agrava as consequências diretas das agressões sofridas pela Senhora Maria da Penha Maia Fernandes. Além disso, como foi demonstrado anteriormente, essa tolerância por parte dos órgãos do Estado não é exclusiva deste caso, mas uma pauta sistemática. Trata-se de uma tolerância de todo o sistema, que não faz senão perpetuar as raízes e fatores psicológicos, sociais e históricos que mantêm e alimentam a violência contra a mulher.”³⁵

Com base nesses dois fatores – violência e tolerância estatal, a Comissão recomendou que o Estado brasileiro: (a) concluísse rápida e efetivamente o processo penal envolvendo o responsável pela agressão; (b) investigasse séria e imparcialmente irregularidades e atrasos injustificados do processo penal; (c) pagasse à vítima uma reparação simbólica, decorrente da demora na prestação jurisdicional, sem prejuízo da ação de compensação contra o agressor; (d) promovesse a capacitação de funcionários da justiça em direitos humanos, especialmente no que toca aos direitos previstos na Convenção de Belém do Pará.³⁶

O recurso à instância internacional representa, como ficou claro no caso de Maria da Penha, uma possibilidade de acesso à justiça, que pode

35. Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, *Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil*, 16.4.2001, parágrafos 54 e 55. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 19.12.2002.

36. Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, *Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil*, 16.4.2001, Recomendações. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 19.12.2002.

implicar o afastamento da impunidade e a alteração paulatina da cultura da desigualdade baseada no gênero. Como aponta a Declaração pela Eliminação da Violência contra a Mulher: “os Estados devem condenar a violência contra a mulher, não devendo invocar costumes, tradições ou considerações religiosas para afastar suas obrigações tangentes à eliminação dessa violência”.

8. CONCLUSÃO

A problemática da violência doméstica se insere em uma cultura de desigualdade que inferioriza a mulher. Respostas a essa problemática devem, por conseguinte, tratar não apenas da agressão em si, mas de toda forma de discriminação contra a mulher. É em razão dessa relação entre violência doméstica e discriminação baseada no gênero que se atenta, no âmbito internacional, não apenas para a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a Convenção de Belém do Pará, mas também para a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. É ainda em decorrência dessa relação que as obrigações internacionais dos Estados, tangentes à eliminação da violência, abarcam também a eliminação da discriminação em geral.

Nessa linha, o dever do Estado brasileiro de implementar políticas públicas destinadas a erradicar a violência contra a mulher, ainda que ocorrida no âmbito doméstico, há de compreender medidas complexas, tais como: a) a adoção de legislação específica sobre a matéria, regulamentando assim o artigo 226, parágrafo 8º da Constituição e o artigo 7º, “c”, da Convenção, no sentido de prevenir, investigar e punir atos de violência contra a mulher; b) a instituição de mecanismos judiciais e administrativos, com a participação de organizações de mulheres, que permitam uma justiça mais célere e acessível e garantam assistência legal às vítimas de violência, bem como medidas de proteção ou outros meios de compensação justos e eficazes; c) a criação de um sistema nacional de dados sobre a violência doméstica, com indicadores técnico-científicos que avaliem a

incidência da violência contra a mulher e identifiquem o impacto e o alcance de políticas públicas adotadas; d) a realização de campanhas educativas de combate à violência doméstica; e) a elaboração de currículos para o ensino básico e médio que promovam a eliminação de visões estereotipadas de gênero; f) a promoção de cursos de capacitação endereçados aos operadores do Direito, que incorporem a perspectiva de gênero; g) a previsão de serviços de apoio à vítima (mediante assistência social, psicológica e jurídica) e de reabilitação para os perpetradores da violência doméstica no máximo dos recursos disponíveis; h) a inclusão do tema da violência doméstica nos relatórios apresentados pelo país aos órgãos internacionais de monitoramento (no caso, nos relatórios a serem apresentados pelo Brasil ao Comitê pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos)³⁷; e i) a adoção de um foco interdisciplinar para o enfrentamento da violência, que permita o diálogo e a interação das diversas agências envolvidas com a administração da justiça, pois não bastam medidas isoladas, episódicas ou periféricas.

Como anunciava Galeano: os direitos humanos devem começar em casa.

37. Ver, nesse sentido, as recomendações feitas pela Relatora Especial das Nações Unidas no que toca à violência contra a mulher: Economic and Social Council. Commission of Human Rights. *Integration of the human rights of women and the gender perspective: violence against women. Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, E/CN4/2002/83, 31.1.2002, 58TH Session, parágrafos 120 a 132). Ver ainda o artigo 4º da Declaração para a Eliminação da Violência contra a Mulher.

A VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA A MULHER IDOSA E OS DIREITOS HUMANOS

Mônica Bezerra de Araújo Lindoso¹

Resumo: Apresentam-se os números da violência que vitimizam as mulheres. Descrevem-se os contornos da violência praticada contra as mulheres idosas, especialmente, a violência praticada contra as mulheres idosas de São Luís do Maranhão. Tecem-se algumas considerações preliminares dos direitos fundamentais, focalizando a posição destes direitos no texto constitucional brasileiro e evidenciando o *princípio da não tipicidade* e o *princípio da dignidade humana*. Abordam-se os direitos humanos das mulheres e o direito fundamental da mulher idosa a uma vida livre da violência.

Palavras-chave: Direitos humanos; mulher idosa; violência.

Sumário: 1 - A violência praticada contra a mulher idosa e seus aspectos numéricos; 2 - A idosa e a violência simbólica; 3 - A violência praticada contra a mulher e o debate público *versus* privado; 4 - O enfrentamento da violência praticada contra as idosas; 5 - Os direitos humanos e o princípio da não tipicidade; 6 - O princípio da dignidade da pessoa humana; 7 - A igualdade e os direitos humanos; 8 - Os direitos humanos das mulheres; 9 - O pragmatismo dos direitos humanos das idosas ante a violência.

1. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

1. A VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA A MULHER IDOSA E SEUS ASPECTOS NUMÉRICOS

A violência hoje permeia a sociedade e entranha-se em todas as camadas sociais, atingindo os mais diversos segmentos. Entretanto, alguns destes são mais suscetíveis à violência, a exemplo o da mulher idosa². Esta, pela sua situação física ou psíquica, tem pouca ou nenhuma capacidade de defesa e de resistência, o que potencializa a violência contra si praticada.

Por se encontrar em situação de vulnerabilidade, a idosa necessita de políticas públicas direcionadas, de tratamento diferenciado que levem em conta as suas condições especiais. No entanto, a violência praticada contra a mulher idosa não tem sido objeto de um estudo individualizado. Os números deste tipo de violência constam nas estatísticas gerais, conjuntamente com os números da *violência de gênero* e as políticas públicas destinadas a proteger as idosas são genéricas e inespecíficas, o que faz com que sejam inaptas a livrar a idosa da violência.

Para se combater a violência praticada contra as mulheres, faz-se necessário, antes de qualquer coisa, conhecer os aspectos numéricos desse tipo de violência, posto que os dados estatísticos são norteadores de qualquer política pública ou ação social. Pensando nisso, e pela grande lacuna que existe, realizou-se uma pesquisa na Delegacia Especial da Mulher de São Luís do Maranhão e na Promotoria do Idoso e do Deficiente, também dessa cidade, sobre a violência praticada contra as mulheres idosas, no ano de 2000. Apesar de ser apenas uma amostra da população idosa feminina e não representar a realidade das idosas brasileiras, os dados apontam para a existência da violência, e são reveladores.

Observou-se que a violência praticada contra a mulher a idosa tem suas peculiaridades e contornos próprios, embora guarde imbricações com a

2. De acordo com o artigo 2º, do Decreto n. 1.948/96, que regulamentou a Lei n. 8.842/94, entende-se por *idosa* a pessoa com mais de sessenta anos de idade.

violência de gênero, porque é também fruto das desigualdades e se manifesta como uma forma de poder e dominação sobre a mulher.

Dos idosos vítimas de violência, 28,6% eram do sexo masculino e 71,4% eram mulheres. Isso aponta para uma feminização da violência também na velhice.

Cerca de 60% das vítimas idosas têm mais de 75 anos de idade, o que mostra que quanto mais idade, a mulher fica mais susceptível à violência.

A figura do agressor, que no caso da *violência de gênero* é, em potencial, o cônjuge ou ex-cônjuge, transmuda-se para os(as) filhos(as) (38,1%), seguindo-se os netos(as) (11,9%) e nora (11,9%). O cônjuge aparece em quarto lugar (4,8%), porque as mulheres idosas, na sua maioria, ou são viúvas (34,1%) ou solteiras (13,6%) ou separadas ou divorciadas (9,1%). Observa-se, assim, a mulher como agressora de outra, o que leva a concluir que a violência praticada contra a idosa representa o elo final da *violência de gênero*, uma vez que há grandes chances das agressoras, também, serem ou terem sido vítimas da violência.

O tipo de violência também se modifica. Na *violência de gênero*, o alvo principal é o físico da vítima, porém, no caso da vítima idosa, a violência é praticada contra o psíquico, o emocional e a moral.

As principais agressões são: abandono material (33,3%); apropriação indébita (21,7%), em que 84,6% referem-se ao benefício da aposentadoria da idosa, sendo que, em 81,8% dos casos, o agressor é membro familiar e a apropriação vem sempre acompanhada do abandono material; a ameaça (8,3%); abandono de incapaz (8,3%); perturbação à tranquilidade (6,7%); vias de fato (3,3%); dano material (3,3%); lesão corporal leve (3,3%); omissão de socorro (3,3%); estelionato (3,3%); maus-tratos (1,7%); difamação (1,7%) e injúria (1,7%).

Os tipos de agressão, na maioria das vezes, se acumulam: 65,9% das mulheres idosas foram vítimas de mais de um tipo de agressão.

Chama-se a atenção para o fato de que alguns aspectos deixaram de ser analisados porque não constavam nos boletins de ocorrências da Delegacia Especializada da Mulher e nos processos administrativos da Promotoria do Idoso e do Deficiente. Outrossim, não houve uma padronização na coleta dos dados. Um dos dados omitidos que merece destaque é aquele que se refere ao quesito da etnia. No Brasil, o critério de identificação racial é a cor da pele. O IBGE elege cinco tipos: preta, parda, branca, amarela e indígena. O que define a população negra é a combinação da população preta com a parda.

Os dados estatísticos não podem desconsiderar as populações ditas “não-brancas”, sob pena de se tornar impossível a publicidade dos dados da violência racial e, conseqüentemente, o combate das práticas racistas. É preciso conter a invisibilidade da mulher negra, à qual, em que pese suas necessidades especiais, também não se tem destinado políticas públicas específicas. Entende-se, portanto, que deveria ser obrigatório constar o quesito cor nos registros dos órgãos voltados ao combate da violência.

2. A IDOSA E A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA

A violência praticada contra as idosas vem amalgamada de violência simbólica, através da qual o agressor exerce o domínio e busca da adesão e da cumplicidade da vítima, persuadindo-a a aceitar a dominação como algo natural.³

Sobre a violência simbólica, escreve Pierre Bourdieu:

“A violência simbólica impõe uma coerção que se institui por intermédio do reconhecimento extorquido que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante na medida em que não dispõe,

3. ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. *A atuação do Poder Judiciário face à questão da violência doméstica contra a mulher*. 1998. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do Maranhão (UFMA), São Luís, 1998, p. 10. p. 45.

para o pensar e para se pensar, senão de instrumentos de conhecimento que tem em comum com ele e que não são senão a forma incorporada da relação da dominação.”⁴

A simbologia embutida na violência também se expressa através da forma como se dá a agressão ou conforme a parte do corpo da mulher que é atingida. As palavras de baixo calão, cortar ou queimar as roupas da mulher, invadir sua casa, as “quebradeiras”, têm o intuito de atingir a autoestima da mulher e impor-lhe uma posição de subordinação. Do mesmo modo, as agressões físicas praticadas contra a mulher buscam, fundamentalmente, agredir-lhe o rosto – o que de certa forma é uma maneira de fazer-lhe perder a identidade – ou a barriga, onde se encontram os órgãos reprodutores, que tornam a mulher apta a dar à luz (símbolo de poder da mulher invejado pelo inconsciente masculino).⁵

No caso das mulheres idosas, a parte do corpo à qual é direcionada a violência não é mais o rosto, pois neste o tempo já tratou de imprimir suas marcas, nem os órgãos reprodutores, que pela idade já perderam sua funcionalidade. Essas mulheres são atingidas naquilo que elas têm de mais sagrado que são o seu bom nome, sua boa fama, suas lembranças, sua integridade psicológica e sua paz.

A violência simbólica, praticada contra o psíquico da vítima, não se mostra menos perversa do que a violência física. Ao contrário, seu poder destruidor é imenso porque destilada gota a gota, de forma repetida e contínua, sem previsão de cessar.⁶

Marie-France Hirigoyen⁷ conta que a violência exercida sobre o psíquico e o emocional, que ela denomina de *violência perversa* ou *assédio*

4. BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. *Educação e realidade*, Porto Alegre: UFRGS, v. 20, n. 2. p. 142, 1979.

5. ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes, *A atuação do poder judiciário face à questão da violência doméstica contra a mulher*, cit., p. 45-55.

6. HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 134.

7. HIRIGOYEN, Marie-France, *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*, cit., p. 135.

moral, traz conseqüências que vão do físico ao psíquico. Neste pode provocar o esgotamento psíquico, o estresse, a ansiedade generalizada, perturbações psicossomáticas e depressão que, em casos extremos, podem levar ao suicídio. No plano físico, pode causar úlceras de estômago, doenças cardiovasculares, doenças de pele ou, ainda, uma outra conseqüência, muitas vezes ignorada, que é a dissociação, a qual pode ser descrita como uma fragmentação da personalidade, definida como a ocorrência de uma perturbação que atinge funções normalmente integradas, como a consciência, a memória ou a percepção do ambiente.⁸

Ao pensar-se nisso repercutindo sobre a saúde da mulher idosa, que por si já é debilitada, percebe-se quão devastador são esses efeitos na sua vida.

A violência simbólica não mata, mas escraviza, porque anula a resistência e introjeta na mente feminina o sentimento de inferioridade, subalternidade, ajudando a perpetuar as desigualdades. Dificulta a realização da igualdade e impede a realização da mulher como indivíduo, porque a faz pensar que os valores são inamovíveis e por isso os papéis sociais devem continuar diferenciados. Constitui-se, pois, uma forma dissimulada de impor o poder e ocultar significações imperceptíveis para as vítimas.⁹

3. A VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA A MULHER E O DEBATE PÚBLICO *VERSUS* PRIVADO

A violência que vitimiza a mulher, seja ela simbólica ou não, ainda hoje encontra resistência para se incorporar aos debates públicos. Como a maioria dos casos acontece dentro das relações familiares, o tema é melindroso porque implica desvelar a sagrada instituição da família.

8. HIRIGOYEN, Marie-France, *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*, cit., p. 177.

9. ODÁLIA, Nilo. *O que é violência?* São Paulo: Brasiliense, p. 22.

Uma das bandeiras dos movimentos de luta pelos direitos das mulheres é o deslocamento da gestão da violência do espaço privado (âmbito familiar) para o espaço público (o estatal). Entende-se que isso é imprescindível para enfrentamento do problema porque essa dicotomia também serve à manutenção da ordem preestabelecida, ajudando a silenciar as vítimas, obstaculizando a denúncia, ocultando a verdadeira quantificação dos casos, sendo cúmplice da impunidade.

“Quando socializarmos a condição de opressão a que estão submetidas as mulheres na esfera doméstica, a vida privada adquirirá *status* suficiente para permitir que seus atos sejam examinados no contexto político-público.”¹⁰

No entanto, vale registrar a opinião de Andrade¹¹, para quem a dicotomia público/privado parece não mais comportar a complexidade da questão. Isso porque o deslocamento requer confrontar o que demandam as mulheres do sistema penal e o que este pode lhes proporcionar, principalmente levando-se em consideração a *infinita singularidade e heterogeneidade* das mulheres. A autora chama a atenção para o fato de que o feminismo, enquanto movimento, guarda uma imensa heterogeneidade de enunciações.

“Assim, como são múltiplas as formas, físicas ou simbólicas, de violência contra as mulheres, também são multiplicadas as formas que desejariam respondê-las. Uma gostariam de afastar seus parceiros dos lares, outras, de finalizar o conflito e viver pacificamente sob o mesmo teto; outras desejariam agredi-los, abandoná-los ou, enfim, vê-los atrás das grades. Quando o movimento responde à questão ‘como domesticar a violência doméstica’ com a referida

10. FERREIRA, Maria Mary. *Mulher gênero e políticas públicas*. São Luís: UFMA, 1999. p. 130.

11. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Da domesticação da violência doméstica: politizando o espaço privado com a positividade constitucional*. In: MESA REDONDA SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, Brasília-DF, 5 maio 1997, Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFMEA).

demanda pela punição do homem que violenta (domesticação do homem pelo sistema penal), está a privilegiar, dentre outras tantas, uma política criminal de resposta aos problemas de gênero, que parece comandada, a nosso ver, pois, dois grandes, ainda que silenciados, pressupostos: a) uma visão vitimadora da mulher violentada e b) uma visão protecionista do sistema penal, ambas, idealizadas.”¹²

O fato é que a violência contra a mulher guarda imbricações que dificultam a apreensão do problema em toda a sua extensão. Redimensioná-lo e construí-lo como um problema social pode não ser “o caminho ou o melhor caminho” de se resolver a questão, no entanto, deixá-la (a violência) continuar “entre as quatro paredes” parece ser o meio menos viável para se obter resultados positivos.

Por isso, se entende que a solução do problema passa sim pela discussão entre o público e o privado. Essa se faz necessária para que um novo pacto seja firmado entre homens e mulheres e para que a sociedade se sinta envolvida com a questão e não tenha uma postura de aceitação e cumplicidade. É preciso despertar em todos a aversão à violência, a fim de que ela seja expurgada de vez da vida das mulheres.

4. O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA AS IDOSAS

Como se falou anteriormente, a violência que atinge as idosas não tem sido enfrentada, levando-se em consideração as suas peculiaridades. Para combater esse tipo de violência, são muitos os obstáculos a serem superados.

Diferentemente das vítimas da violência de gênero, as quais, apesar de todo o sofrimento, são capazes de denunciar, de lutar pela sua liberdade,

12. ANDRADE, Vera Regina Pereira de, *Da domesticação da violência doméstica...*, cit.

de reconstruir a vida, as mulheres idosas já não têm essa capacidade de resistência e pouca energia moral lhe resta, sem contar que grande parte delas é totalmente dependente dos seus algozes. A maioria mora com algum parente, geralmente filhos(as), netos(as), sobrinha(as), nora. Estes são, ao mesmo tempo, seus cuidadores e agressores. Denunciá-los pode representar para a vítima o abandono do lar.

Importa, portanto, lembrar que, no caso dessas mulheres, não basta apenas livrá-las do agressor, obrigá-los a se retirar da convivência com a vítima, colocá-las em uma casa-abrigo ou asilo, porque nem sempre as vítimas concordam em abandonar o lar. Quando concordam, novos problemas surgem: quem irá cuidar delas? Onde colocá-las com segurança e conforto? Nos asilos? Como se conseguir vagas nestas instituições quando se precisa? Aqui estarão melhores e mais protegidas?

Ressalta-se que os filhos são os agressores em potencial das mulheres idosas. É a chamada *violência filial* que, mais uma vez, tem como alvo a mulher. Poucos agridem o pai, inibidos ou pela força física deste ou por saberem ser a mãe “dotada de inesgotável reserva de amor, capaz de desculpá-lo até o limite da própria sobrevivência”.¹³

Isso dificulta o combate da violência contra as idosas. Primeiro, o elo existente entre a vítima e o agressor é tão forte que se torna difícil rompê-lo com a simples denúncia. Observou-se, nos relatos colhidos na Promotoria do Idoso e do Deficiente, que as vítimas, pelo instinto materno, tendem a proteger seus agressores (filhos/netos). Mesmo sofrendo e dizendo insuportável o sofrimento, as vítimas resistem em denunciá-los.

Há também o fato de que 28,57% das vítimas são portadoras de alguma deficiência física, sendo que 40% apresentam deficiência no aparelho locomotor, 20% são cegas, 20% são surdas e 20% apresentam demência

13. GONTIJO, Segismundo. *Da ingratidão ativa dos filhos*. Disponível em: <<http://gontijo-familia.adv.br/monografias/mono210.html>>. Acesso em: 10 out. 2002.

senil. Isso demonstra que sendo a vítima totalmente dependente dos seus agressores, estes jamais levarão a idosa a uma delegacia para que ela os denuncie.

Por outro lado, a violência praticada pelos filhos ou parentes contra a mulher idosa, como, por exemplo, o abandono material e o abandono de incapaz, é “sub-reptícia e se estabelecem através de estratagemas, por vezes até sob uma máscara de ternura e bem querer”¹⁴. A regra é que é dos pais a obrigação de cuidar e prover a subsistência dos filhos. Ver a situação ao revés dificulta a percepção da idosa de que está sendo vítima de violência. Na maioria das vezes, as vítimas idosas se sentem culpadas pelo cuidado que os familiares (por vezes seus agressores) têm que dispensar a elas, vêem as agressões destes como algo normal e chegam a duvidar se realmente não as merecem.

Conta-se, ainda, com a cultura da vergonha de ver os fatos se tornarem públicos, e a cultura da culpa de que a divulgação do fato contribuirá para a desagregação do núcleo familiar, internalizadas pelas mulheres idosas, que fazem com que essas mulheres, mais do que quaisquer outras, assumam uma postura silenciosa e cúmplice.¹⁵

Um outro aspecto que jamais poderá ser ignorado é a situação sócio-econômica dos envolvidos. Em muitos dos casos de abandono material, os agressores não dispõem de condições financeiras para prover a subsistência das idosas. Eles também “são vítimas da estrutura social que lhes impõe condições miseráveis de existência”.¹⁶

Outrossim, o desemprego, as desigualdades sociais, a falta de oportunidade, tudo isso agudiza o problema da violência, principalmente o da violência familiar. E se torna “difícil exigir que a família tenha um

14. HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*, cit., p. 130.

15. FERREIRA, Maria Mary. *Mulher gênero e políticas públicas*, cit. p. 114.

16. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Fundamentos constitucionais do direito à velhice*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002. p.114.

comportamento afinado com os direitos humanos se as práticas não são com eles compatíveis”.¹⁷

Por tudo isso, entende-se que as ações de combate à violência contra as idosas devem voltar-se, principalmente, para a prevenção. Por outro lado, os destinatários das medidas preventivas devem ser tanto a vítima como a entidade familiar em que vive a idosa. “O Estado deve oferecer apoio necessário para que as famílias cuidem bem dos seus idosos”¹⁸. A família, quando integrada e solidária, ainda é o lugar mais propício para as idosas se desenvolverem com dignidade.

5. OS DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA NÃO TIPICIDADE

O artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988 consagrou o *princípio da não tipicidade* ou, como preferem alguns, o *princípio da cláusula aberta*, ao dispor 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 o Brasil seja parte”.

A partir da interpretação desse dispositivo, deduz-se que a norma constitucional reconhece a existência de duas espécies de direitos fundamentais: a) *direitos formal e materialmente fundamentais*, ancorados na Constituição formal e b) *direitos apenas materialmente fundamentais*, sem assento no texto constitucional, mas decorrentes do “regime” – forma de associação política (democracia social) – e dos “princípios” – aqueles consagrados pela Constituição Federal, que se encontram expressos como objetivos e princípios fundantes que regem o Estado brasileiro, seja no âmbito interno ou na esfera das relações internacionais.¹⁹

17. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa, *Fundamentos constitucionais do direito à velhice*, cit.

18. Idem, *ibidem*.

19. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 81.

Em relação aos *direitos apenas materialmente fundamentais* (*direitos implícitos* ou *decorrentes*), os quais não têm assento no texto constitucional ou que não foram objetos de previsão expressa pelo direito positivo (constitucional e internacional), mas que *decorrem do regime e dos princípios*, a identificação não guarda maiores dificuldades, uma vez que o dispositivo também se refere expressamente aos “direitos decorrentes do regime e dos princípios”. É certo que a norma não se referiu aos direitos *implícitos*, mas apenas aos *decorrentes*. Mas, como a própria etimologia do termo aponta, seriam os direitos implícitos os subentendidos nas normas de direitos fundamentais, o que prescindiria de referência, uma vez que se trata de se extrair do texto o que nele está contido.²⁰

O importante é ter em mente que para se buscar o caráter de fundamentais, seja dos *direitos implícitos* ou *decorrentes*, deve-se observar a substância (conteúdo) e importância de determinado direito, de maneira que toda e qualquer posição, enquadrada na noção de direito implícito ou permanente, encontrada na Constituição (fora do catálogo ou em algum tratado internacional), para ser considerada autêntico direito fundamental, deverá equivaler aos direitos fundamentais do catálogo.²¹

Convém assinalar que, ao contrário do constituinte português que, no artigo 16, n. 1, de modo genérico, afirma serem os direitos fundamentais internacionais parte integrante do direito constitucional lusitano²², o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira reconhece a fundamentalidade material apenas dos direitos previstos em tratados internacionais, não mencionando as convenções ou outras espécies de regras internacionais. Todavia, entende-se que se deve dar uma interpretação teleológica a esse dispositivo, posto que ele objetiva a complementação e ampliação do catálogo dos direitos fundamentais. Assim, desde que não contrárias à ordem constitucional do Brasil, as normas internacionais que

20. SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit.

21. Idem, *ibidem*, p. 95.

22. ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

tratam de direitos humanos se encontram recepcionadas pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, devendo-se imprimir a elas o caráter da fundamentalidade material e, conseqüentemente, conferir-lhes a exeqüibilidade plena e imediata, conforme dispõe o parágrafo 1º do mesmo.²³

Importa apenas lembrar que o reconhecimento da fundamentalidade material requererá, sempre, uma elevada dose de subjetividade e criatividade do intérprete e ele deverá sempre se orientar pela linha mestra, que é a importância que este ou aquele direito representam para a comunidade num determinado momento histórico.

6. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nos preceitos constitucionais, dispostos nos artigos 1º e 4º, encontram-se delineados os contornos básicos do Estado Social e Democrático de Direito. Dentre eles, o constituinte brasileiro consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.

O termo dignidade é de difícil definição. Porém, segundo a filosofia kantiana, a dignidade é um atributo daquilo que é insubstituível e incomparável que, pelo simples fato de possuir um valor absoluto, encontra-se acima de qualquer preço. Porque o homem é o único ser racional e autônomo, capaz de fixar livremente metas e planos de vida, a dignidade humana se funda no lugar que o homem ocupa na escala de seres.²⁴

Em que pesem os contornos vagos e imprecisos, o que torna inquestionável a existência desse valor é que, sem grandes dificuldades, podem-se identificar as situações em que a dignidade é agredida ou desrespeitada.²⁵

23. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 133.

24. RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 34.

25. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 105.

É incontestável que a violência viola os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, os quais correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana. A igualdade e a liberdade são noções indissolúveis da dignidade humana. Aquela pressupõe a garantia de que o indivíduo não será submetido a tratamentos discriminatórios e arbitrários. A liberdade possibilita autodeterminação do indivíduo e a construção, de forma livre e independente, da sua própria existência e destino. A segurança também possui um elo com a dignidade humana, pois esta pressupõe que o indivíduo seja resguardado da ingerência na sua esfera pessoal, devendo ser-lhe respeitada a integridade física e corporal.²⁶

“Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde a igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver a limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.”²⁷

Observa-se facilmente que os direitos consagrados como fundamentais no texto constitucional encontram-se intimamente ligados ao princípio da dignidade humana. Esse princípio, constante no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, além de construir um valor unificador de todos os direitos fundamentais, também cumpre a função legitimadora do reconhecimento dos direitos implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, conforme disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Magna e serve de referencial obrigatório para o reconhecimento da fundamentalidade material de direitos constantes nas normas internacionais que guardem sintonia com os direitos humanos.²⁸

26. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 104-115.

27. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 110.

28. Idem, *ibidem*, p. 99-117.

7. A IGUALDADE E OS DIREITOS HUMANOS

Em que pese, à primeira vista, o artigo 5º, *caput* da Constituição Federal apontar apenas para igualdade formal, cada vez mais se firma o entendimento de que *se devem espancar esses ardis hermenêuticos* e se buscar o caráter substancial da norma.²⁹

A igualdade a ser garantida é a igualdade material, posto que ela constitui o fundamento da democracia: a ausência daquela importa na negação desta. Nenhum país pode se dizer democrático se não reconhecer a pluralidade dos membros de sua comunidade e, a partir de então, procurar igualar essas diferenças, através de suas instituições.

As pessoas não nascem iguais e não são iguais nas suas vidas, a igualdade nascendo de um pacto democrático, em que se constrói um conceito de igualdade, a partir da condição humana. “A igualdade não é um dado, ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política.”³⁰

Os direitos humanos representam esse grande pacto. A partir da proclamação desses direitos, emergiram valores fundamentais à civilização humana³¹. No entanto, a discriminação e o preconceito têm afetado profundamente e negativamente a convivência humana, estabelecendo graves diferenças, negando direitos fundamentais, restringindo liberdades, introduzindo desigualdades entre os seres humanos, gerando conflitos e promovendo a injustiça.³²

Cumprido ao Estado comprometido com a prevalência dos direitos humanos banir de circulação esses mecanismos de discriminação que, sedimentados na sociedade, obstaculizam a realização dos direitos humanos e concretização do direito específico da igualdade.

29. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa, *Fundamentos constitucionais do direito à velhice*, cit., p. 83.

30. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia da Letras, 1988. p. 150.

31. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 44.

32. LERNER, Julio. *O preconceito*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1996/1997. p. 55.

8. OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Nem sempre as mulheres foram reconhecidas como sujeito de direitos humanos. Parafrazeando Finkelkraut³³, não bastou à mulher ter face humana, mãos, órgãos, um corpo, sentidos, desejos, emoções; sangrar quando a ferirem, rir quando lhe fizerem cócegas e se vingar das ofensas: esses traços universalmente humanos nunca foram seu salvo-conduto.

Apesar de tantas obviedades, para pertencer, de pleno direito, à humanidade, foram necessárias coragem, ousadia, perseverança e quase meio século de luta. Somente a partir da Conferência de Direitos Humanos de 1993, os direitos das mulheres ganharam o *status* de direitos humanos, marcando, assim, *a entrada das mulheres na humanidade visível*.³⁴

Porém, a obviedade, por si só, não funda valores, existem outros fundamentos, dentre estes o consenso. A Declaração Universal dos Direitos do Homem é a maior prova histórica do *consensus omnium gentium* de que toda humanidade partilha de valores comuns e universais³⁵. Dita declaração se constitui a primeira fundamentação teórica dos direitos humanos da mulher, a qual vem se reafirmado pelas diversas declarações posteriores, as quais se pode citar: a Convenção Para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), que traz em si os fundamentos contra a discriminação; a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993), em que se encontram os fundamentos jurídicos contra a violência; a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (1994), que salienta o entrelaçamento entre direitos humanos e o direito das mulheres, e a Declaração de Pequim (1995), que delineou a necessidade de implementação de programa e políticas públicas voltadas para o desenvolvimento e promoção da mulher.

33. FINKIELKRAUT, Alain. *A humanidade perdida: ensaio sobre o século XX*. São Paulo: Ática, 1998. p. 10.

34. LERNER, Julio, *O preconceito*, cit., p. 40.

35. BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, cit., p. 28.

Ressalte-se que as convenções foram ratificadas pelo Congresso Nacional brasileiro, através de decretos legislativos e que, portanto, incorporaram-se à ordem jurídica brasileira.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também chamada de Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995, um dos documentos mais importante em vigor no Brasil que trata especificamente da violência contra a mulher, em seu artigo 3º, afirma que “Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto no âmbito público como no privado”. O artigo 4º reconhece os direitos humanos das mulheres consagrados nos instrumentos regionais e internacionais e, dentre outros direitos, reconhece o direito a que se respeite sua vida, sua integridade física, psíquica e moral; o direito à liberdade e à segurança pessoal; o direito de não ser submetida a torturas; o direito à igualdade perante a lei; e o direito a um recurso simples e rápido dos tribunais competentes que a ampare contra atos que violem os seus direitos. O artigo 9º reconhece a necessidade de adoção de medidas diferenciadas quando a vítima se encontra em situação de vulnerabilidade à violência e cita como um dos sujeitos dessa norma a anciã.

Esses instrumentos internacionais consagradores de direitos humanos no campo nacional conjugam-se com o direito interno, aprimorando e ampliando o ordenamento jurídico e, no campo internacional, permitem invocar a tutela internacional, mediante responsabilização do Estado pela violação dos direitos humanos.

Já se tem precedente dessa proteção internacional. No dia 30 de abril de 2001, numa decisão histórica, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, um dos órgãos mais importantes da Organização do Estados Americanos – OEA, pela primeira vez, condenou o Brasil por negligência e omissão em não punir a violência doméstica. Trata-se do caso de Maria

da Penha Maia Fernandes que, em 1983, foi vítima da violência do seu ex-marido, que tentou matá-la com um tiro que a deixou paraplégica.³⁶

Através do Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e o Comitê Latino-Americano pela Defesa dos Direitos das Mulheres – CLADEM, aquela cearense denunciou o Brasil pela omissão em não punir o agressor.

Ao final do processo, a Comissão concluiu que este país descumpriu dois tratados internacionais dos quais é signatário: a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, os quais garantem às mulheres vítimas de violência amplo direito de defesa e determina que o acusado de cometer o delito seja alvo de investigação policial rigorosa e, se culpado, deve ser punido.

A decisão afirma que o Brasil tem se mostrando negligente e omissivo em relação ao combate da violência doméstica e determina que, no caso da Maria da Penha, se cumpra “de forma rápida e eficiente os procedimentos criminais” contra o agressor. Também foi recomendado que o país pague uma indenização à vítima, cujo valor será definido pelo governo brasileiro. As pressões internacionais surtiram efeitos. No dia 1º de novembro do ano de 2002, o agressor foi preso, quando dava aula na Faculdade Potyguar.

O relatório final ressalta a omissão do Estado brasileiro em relação à violência doméstica: “Trata-se de uma tolerância de todo o sistema que (...) alimenta a violência contra a mulher (...) não havendo evidência socialmente percebida da vontade do Estado, como representante da sociedade, para punir esses atos.”³⁷

36. ROZICKI, Cristina. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 6 maio 2001, Seção Cotidiano. Disponível em: <<http://www.uol.com.br/fsp/cotian/ff0605200109.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2002.

37. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DA OEA. *Relatório n. 54/2001, Caso 12.051 – Maria da Penha Maia Fernandes*. Washington, 2001.

A Organização não tem o poder de obrigar os países a cumprirem suas decisões mas, através dos canais diplomáticos e da publicidade, constrange político e moralmente o Estado violador, que, ante as pressões internacionais, é compelido a se justificar perante a comunidade internacional.

Tem-se a impressão que talvez esse seja o primeiro capítulo da *reinvenção dos direitos humanos das mulheres*. Essas, portadoras das necessidades reais desses direitos, começam a se articular, de maneira autônoma, em busca de instrumentos que efetivamente atuem em seu favor.

Conclui-se, pois, que as declarações de direitos “servem de instrumento, de suporte teórico para a efetivação, *in concreto*, da cidadania feminina”³⁸ e podem funcionar como um meio de se suprirem as lacunas das normas internas, no que se refere aos direitos humanos. Porém, é importante lembrar que o redimensionamento da identidade político-social da mulher faz-se necessário para que se reduza, cada vez mais, a abstratividade de tais normas.

“O alcance efetivo dos direitos humanos das mulheres de autogerirem suas vidas começa pela conscientização de que para transformar um mundo calcado no preconceito contra a mulher é preciso reinterpretar o mundo de outra forma. Significa dizer, não basta conscientizar os outros, faz-se indispensável a autoconscientização da própria mulher.”³⁹

Acredita-se que se a educação e cultura semearam a discriminação, a médio e longo prazo, elas são o caminho para a concretidade dos direitos

38. ALVES, Roseli Teresinha Michaloski. *Direitos humanos das mulheres: considerações em torno da conquista da cidadania feminina*. Disponível em: <[http:// www.eticadireito.hpg. com.Br/dtos_humanos-mulheres-s.htm](http://www.eticadireito.hpg.com.Br/dtos_humanos-mulheres-s.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2001.

39. ALVES, Roseli Teresinha Michaloski, *Direitos humanos das mulheres*, cit.

humanos. Através da educação, pode-se construir um conceito de igualdade a partir da condição humana⁴⁰ e, somente então, se poderá traçar uma nova cultura, na qual sejam banidos o preconceito, a desigualdade e a superioridade ideológica. Só assim a mulher conquistará definitivamente sua cidadania.

9. O PRAGMATISMO DOS DIREITOS HUMANOS DAS IDOSAS ANTE A VIOLÊNCIA

Os direitos humanos dos idosos também se encontram arrimados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando ela reconhece que todo homem tem direito de ser cuidado durante toda a sua existência, mas que durante a velhice ou outras situações de fragilidade deve receber atenção ainda maior, justamente para não comprometer a sua dignidade.⁴¹

De modo a complementar as disposições da Declaração Universal, a Assembléia das Nações Unidas aprovou Os Princípios das Nações Unidas em Favor das Pessoas Idosas (Resolução N. 46/91), que devem ser incorporados, o quanto antes, aos programas nacionais de direito humanos. Tais princípios apontam para a realização dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à vida, à liberdade, à segurança, à saúde, à alimentação, à moradia, ao vestuário, ao apoio familiar e comunitário, à oportunidade de trabalho, à dignidade e à integridade física e mental. Sem o respeito desses direitos, não se garantirá o direito à velhice.⁴²

Na sociedade brasileira, eminentemente feminina e que ruma apressadamente para um envelhecimento populacional, não são apenas as mulheres que têm a cidadania mutilada, os idosos também. E quando esses idosos são do sexo feminino, a discriminação e a negação de direitos são ampliadas, o que torna premente, dentro do fenômeno da especialização

40. VIANA, Márcio Túlio; RENAUT, Luiz Otavio Linhares. *Discriminação*. São Paulo: LTR, 2000. p. 14.

41. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa, *Fundamentos constitucionais do direito à velhice*, cit., p. 50.

42. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa, *Fundamentos constitucionais do direito à velhice*, cit., p. 51.

dos direitos humanos, se imprimir esse qualificativo também aos direitos das mulheres idosas, principalmente quando essas idosas são vítimas da violência.

Reconheça-se que os direitos humanos e as normas internacionais têm se mostrado aptos a abrir caminhos para a instrumentalização e garantia dos direitos das mulheres vítimas da violência. Tanto é assim que, como foi dito em linhas atrás, o Brasil foi condenado por negligência e omissão em não punir a violência doméstica e por descumprir tratados internacionais dos quais é signatário. Apesar de a Organização dos Estados Americanos não ter o poder de obrigar os países a cumprir suas determinações, essa decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos representa uma tendência à efetivação de uma jurisdição internacional capaz de se impor e superpor às jurisdições nacionais, no caso de violação dos direitos humanos.

Porém, não se pode olvidar que *mostrar caminhos e percorrê-los até o fim são coisas diversas*, que o pragmatismo esbarra, inevitavelmente, nas dificuldades jurídicas-políticas, porque, para a realização dos direitos do homem, são necessárias condições objetivas que independem da boa vontade dos que os proclamam e das disposições dos que possuem os meios para protegê-los. Não se pode pôr o problema dos direitos dos homens, abstraindo-o dos problemas de nosso tempo, principalmente o da falta de recursos.⁴³

As políticas públicas voltadas para o enfrentamento da violência requerem recursos financeiros, os quais têm sido cada vez mais escassos, tanto no âmbito nacional, como estadual e municipal. O que se tem observado é um grande desestímulo desses entes federativos em investir na implementação de políticas sociais, o que faz crescer as dificuldades encontradas pelos órgãos promovedores dos direitos humanos.

43. BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, cit., p. 30-45.

Entretanto, importante ressaltar que o tema em discussão, que é a violência praticada contra a mulher idosa, diz respeito a direito inadiável, que é o direito à vida, à liberdade, à segurança. Direitos que não se põem a ressarcimento posterior ou reparação, pois, como afirma Carmen Lúcia Antunes Rocha:

“(...) garante-se o direito à vida, ou nada haverá, um dia vindouro, a se garantir; garante-se a liberdade, porque se tal segurança não se impuser de pronto estará ela perdida naquele momento e não se poderá repor; garante-se a segurança ou a insegurança já se terá instalado no futuro e reparação não é reposição de direitos fundamentais.”⁴⁴

Não se pode também ignorar as projeções feitas pelas Nações Unidas, segundo as quais a população brasileira, nos próximos cinquenta anos, apresentará um dos mais rápidos processos de envelhecimento, com uma enorme tendência para a feminização da velhice. Daí se conclui que o tema merece ser debatido e levado à exaustão, a fim de que a idosa brasileira tenha respeitada a sua integridade física e mental e, conseqüentemente, sua cidadania e dignidade. Há, pois, uma necessidade premente de se promover uma pesquisa de âmbito nacional, capaz de mapear a violência que atinge as idosas brasileiras.

Em curto prazo, poder-se-ia aparelhar melhor as Promotorias do Idoso. Elas têm exercido um papel importantíssimo na defesa dos direitos das mulheres idosas. Fala-se aqui, de modo especial, da Promotoria de São Luís do Maranhão, porque se conhece a sua realidade. Uma das suas ações que merece destaque é a realização de trabalho investigativo nos casos de violência praticada contra os idosos. Ao contrário da Delegacia Especial

44. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 16, p. 55, 1999.

da Mulher, onde é necessário a vítima comparecer para realizar a denúncia, aquela Promotoria disponibiliza um telefone para denúncias anônimas e de terceiro e, a partir de então, apura as denúncias. Analisando-se o trabalho da Promotoria e da Delegacia Especial da Mulher/MA, pode-se perceber a diferença que fez uma medida tão simples no combate à violência praticada contra as idosas.

Na Promotoria, as denúncias de terceiros representaram 62,9%, das quais 85% eram procedentes. As denúncias anônimas compreenderam 17,1%, destas 66,7% eram procedentes. As denúncias diretas, ou seja, feitas pela própria vítima, representaram apenas 20% de todas as denúncias e, mesmos destas, 14,2% eram improcedentes. Com isso se conseguiu, também, atender idosas mais velhas, maiores de noventa e cinco anos de idade, sendo que 60% das vítimas tinham mais de 75 anos. Nesse ínterim, das vítimas atendidas pela Delegacia Especial da Mulher, apenas 9,1% tinham mais de setenta e cinco anos de idade.

Observa-se, pois, a importância de se ampliar a criação das delegacias especializadas em atendimento aos idosos. Atualmente, apenas no Rio de Janeiro e São Paulo os idosos contam com esse tratamento diferenciado. Somente com um trabalho investigativo se estará respeitando as condições especiais das vítimas que, como se disse alhures, encontram dificuldades para denunciar seus agressores.

A família também deverá ser objeto das políticas públicas voltadas para o combate da violência praticada contra as idosas. O Estado deve dar condições para que as famílias cuidem de suas idosas e propiciem seu desenvolvimento com dignidade.

A partir de tudo quanto foi exposto, seria simplificar demais um problema tão complexo que é a violência que atinge as idosas se se apontasse aqui uma fórmula mágica capaz de livrá-las, de imediato, dessa mazela. O que foi acima apresentado são apenas veredas a trilhar rumo ao desconhecido caminho da instrumentalização e efetividade dos direitos humanos das mulheres idosas.

No entanto, entende-se que essa grande empreitada deve começar com pacto firmado entre Estado, sociedade e família, no qual todos se desapossem da tolerância, entendendo-se esta no seu sentido negativo, que é de deixar as coisas como estão, de não interferir, de não se escandalizar nem se indignar com a violência que vitimiza as idosas.⁴⁵

É preciso que cada um olhe para a mulher idosa sem que isso lhe cause mal-estar, é necessário que todos se identifiquem com as vítimas, se vejam refletidos nela e nela reconheçam um semelhante. Só assim se será capaz de obedecer, sem grande esforço, o princípio moral absoluto – o respeito à pessoa alheia – e de desenvolver a benevolência em face do outros e, principalmente, de avaliar o quão importante é, não apenas para a idosa, mas para a sociedade humana, viver uma vida livre da violência.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Roseli Teresinha Michaloski. *Direitos humanos das mulheres: considerações em torno da conquista da cidadania feminina*. Disponível em: <http://www.eticadireito.hpg.com.Br/dtos_humanos-mulheres-s.htm>. Acesso em: 22 jul. 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Da domesticação da violência doméstica: politizando o espaço privado com a positividade constitucional*. In: MESA REDONDA SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, Brasília-DF, 5 maio 1997, Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFMEA).

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

45. BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, cit., p. 211.

_____. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Reluma Dumará, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARATA, Alessandro. Direitos humanos entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 2, p 44-61, abr./mar./jun., 1993.

BARROSO, Luís Alberto. *Temas de direitos constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

BEAUVOIR, Simone. *A velhice: a realidade incomoda*. Tradução de Heloysa de Lima Duarte. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. *Educação e realidade*, Porto Alegre, UFRGS, v. 20, n. 2, p. 142, 1979.

_____. *O poder simbólico*. São Paulo: Difel, 1989.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Decreto Lei n. 1948, de 3 de julho de 1996. Regulamenta a Lei n. 8.842/94, que dispõe sobre a Política Nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a Política Nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências.

BRASIL. Programa Nacional dos Direitos Humanos. Brasília: Presidência da República/Secretaria de Comunicação Social/Ministério da Justiça, 1996.

BUTLER, Robert. *O correio UNESCO*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 3, mar. 1999.

CAMARANO Ana Amélia. *Envelhecimento da população brasileira: uma contribuição demográfica*. Rio de Janeiro: IPEA, 2002. (Texto para discussão n. 858).

_____. *Como vai o idoso brasileiro*. Rio de Janeiro: IPEA, 1999. (Texto para discussão, n. 681).

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina: 1993.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. *Uma amostra da realidade dos abrigos e asilos de idosos no Brasil*. Brasília: 2002.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DA OEA. *Relatório n. 54/01, Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes*. Washington, 2001.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1994.

CRUZ, Ana Maria da Costa et al. *Elaboração de referências: NBR 6.023/2000*.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

DISPUTA por bens gera violência a idoso. *A notícia*, Joinville, 12 set. 2000. Disponível em: <<http://www.an.com.br/2000/set/12/0pai.htm>>. Acesso em: 8 nov. 2002.

FARIAS, Nalu; NOBRE, Miriam. *Gênero e desigualdades*. São Paulo: SOF, 1997.

FELIPE, Sônia; PHILIPI, Jeanine Nicolazi. *O corpo violentado: estupro e atentado violento ao pudor*. Florianópolis: UFSC, 1996.

FERREIRA, Maria Mary. *Mulher gênero e políticas públicas*. São Luís: UFMA, 1999.

FINKIELKRAUT, Alain. *A humanidade perdida: ensaio sobre o século XX*. São Paulo: Ática, 1998.

FOUCAULT, M. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

GOLDANI, Ana Maria. *Mulheres e envelhecimento: desafios para novos contratos intergeracionais e de gênero*. Disponível em: <<http://www.un-instraw.org/ageins/IPEAcapitulo.doc>>. Acesso em: 23 maio 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva. 1999.

_____. *Dos crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva. 1998.

_____. *Dos crimes contra o patrimônio*. São Paulo: Saraiva. 1998.

_____. *Dos crimes contra os costumes aos crimes contra a administração*. São Paulo: Saraiva. 1998.

GONTIJO, Segismundo. *Da ingratidão ativa dos filhos*. Disponível em: <<http://gontijo-familia.adv.br/monografias/mono210.html>>. Acesso em: 10 out. 2002.

HERMANN, Leda. *A dor que a lei esqueceu*: comentário à Lei n. 9.099/95. Campinas: CEL-LEX, 2000.

HESS, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral*: a violência perversa no cotidiano. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ILHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei das contravenções penais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Direito penal*: parte especial. São Paulo: Saraiva: 1991.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direito humanos*. São Paulo: Companhia da Letras, 1988.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro, 1988.

LERNER, Julio. *O preconceito*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1996/1997.

LINDOSO, Mônica Bezerra de Araújo. A discriminação do idoso no acesso e na manutenção do emprego. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 16 Região*, São Luís, v. 11, n. 1, p.120-133, jan./dez. 2001.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1997.

KOOGAN, Abraão. *Enciclopédia e dicionário ilustrado*. Rio de Janeiro: Delta, 1999.

MACHADO, Laura; GOMES, Romeu; XAVIER, Elizabeth. *Meninos do passado*: Eles não sabiam o que os esperava. Disponível em: <<http://www.insightnet.com.br/inteligência/num15/m0315.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2002.

MASCARO, Sonia de Amorim. *O que é velhice*. São Paulo: Brasiliense, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1998.

MISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. *Uma amostra da realidade dos abrigos e asilos de idosos no Brasil*. Brasília, 2002.

NAHUZ, Cecília dos Santos; FERREIRA, Lusimar Silva. *Manual para normalização de monografias*. São Luís: Aurora da Graça Almeida, 2002.

ODÁLIA, Nilo. *O que é violência?* São Paulo: Brasiliense.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales: temas clave de la constitucion española*. Madrid: Tecnos, 1998.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Fundamentos constitucionais do direito à velhice*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002.

_____. *Os direitos fundamentais das pessoas idosas*. São Luís: Promotoria do Idoso e do Deficiente, 2001.

_____. A velhice na Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 30, p. 187-203, 2000.

_____. A velhice como direito humano fundamental. *Revista do Ministério Público do Maranhão*, São Luís, n. 6, p. 169-190, 2000.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 16, p. 55, 1999.

ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. *A atuação do poder judiciário face à questão da violência doméstica contra a mulher*. 1998. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do Maranhão (UFMA), São Luís, 1998.

SAFFIOTI, H. I. B. *Violência de gênero: poder e impotência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SALGADO, Marcelo Antônio. *Velhice, uma nova questão social*. São Paulo: SESC, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAWAIA, Bader. *As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social*. Porto Alegre: Vozes, 1999.

SÉGUIN, Elida. *O idoso aqui e agora*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2001.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direitos constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher?* São Paulo: Brasiliense, 2002.

VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação*. São Paulo: LTR, 2000.

LEGALIDADE E TRANSAÇÃO PENAL

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira¹

Resumo: O presente trabalho visa analisar um dos aspectos da chamada crise da legalidade, pela qual passa atualmente o Estado brasileiro, e que poderia ser entendida também como crise das estruturas do Estado Democrático de Direito que o Brasil busca efetivar. O foco é a atual aplicação da transação penal, instituto que conta com quase uma década de vida, mas parece ter-se divorciado dos marcos históricos de limitação ao poder estatal consagrados pelos valores do Estado Liberal. O trabalho busca desnudar a incompatibilidade da transação penal como hoje operada com os direitos e garantias individuais consagrados em nosso ordenamento. Por fim, busca trazer soluções ao problema, compatibilizando o instituto com os valores políticos garantistas de nossa Constituição.

Sumário: 1 - Introdução; 2 - Legalidade como base para o Estado Democrático de Direito; 3 - A legalidade e o modelo consensual; 4 - Limites para a transação penal; 5 - Instrumentos para a transação penal compatível com a Constituição; 6 - Conclusões; 7 - Bibliografia.

1. Procurador do Estado da Procuradoria de Assistência Judiciária de Jundiaí. Mestre em Direito Penal pela PUC-SP. Pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca. Professor de Direito Penal da FADIPA/Jundiaí, da Escola Superior do Ministério Público, da Escola Superior de Advocacia de Botucatu e Itapetininga e do curso preparatório IELF/PRIMA.

1. INTRODUÇÃO

Para muitos autores, a redação da Constituição Federal de 1988 tornou clara a tendência de *desinstitucionalização*² das infrações com menor potencial ofensivo, ao prever que, para elas, caberia transação penal. Assinalava-se assim com a necessidade de um modelo que diminuísse a força penal nas infrações que, apesar de relevantes e carentes de intervenção penal, não trouxessem grande trauma social. Insta ressaltar que o objeto da transação deve carecer de reprovação penal, pois se a conduta (apesar de irregular/anormal) não gera violência social compatível com a repressão penal, deve ser cuidada por outros campos da regulação social, como o civil e o administrativo³. É consagrada a fórmula de que a intervenção estatal se legitima apenas quando gera o maior nível de felicidade para a maioria, com a menor carga de sofrimento para a minoria. Atualmente, preferimos afirmar que deve ser buscada a realização da vontade da maioria, com respeito aos direitos fundamentais das minorias, inclusive permitindo que os ideais minoritários possam, um dia, ser maioria⁴. A intervenção penal, por sua extrema violência, apenas é tolerada se consegue diminuir o grau de violência social (necessidade e adequação da pena⁵). A idéia da intervenção mínima torna-se realmente *princípio* de Direito Penal ao se orientar e compatibilizar com a estrutura de um Estado Democrático de Direito, pois impõe a racionalidade da intervenção penal. Nossa

2. "(...) *processos de desinstitucionalização*, ou *desestatização*, que se consubstanciam em retirar das instâncias formais de controle a resolução de certos conflitos, que passam a ser solucionados pela própria sociedade por meio da regulação social informal." (SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Criminologia e juizado especial criminal*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 26).

3. "Infração de menor potencial ofensivo não é a mesma coisa que infração de ofensividade insignificante. Aquela deve entrar no sistema penal (embora não justifique a prisão), esta deve ficar fora (porque exclui a tipicidade)." (GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 22).

4. "(...) segundo a concepção liberal do Estado não pode existir democracia senão onde forem reconhecidos alguns direitos fundamentais de liberdade que tornam possível uma participação política guiada por uma determinação da vontade autônoma do indivíduo." (BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Coords.). *Dicionário de política*. 5. ed. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: UnB, 2000. p. 318).

5. Sobre necessidade e adequação da via penal, vide BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Constituição, por tal ótica, parecia ser coerente, frente à construção da estrutura de um Estado Democrático.

Muito se falou, então, da mudança de paradigma, da quebra de um tradicionalismo na seara penal, sempre inspirada no autoritarismo e na cultura da repressão. Maior euforia trouxe a edição da Lei n. 9.099/95, que regulamentou a conceituação das *infrações de menor potencial ofensivo* (hoje alterada pela Lei de Juizados Criminais Federais), e inseriu a transação penal como instrumento consensual de solução dos conflitos penais. Com a transação penal, restaria mitigado o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, entre outros consagrados no país. O Estado-acusação não precisa mais buscar a certeza da culpa quando tem indícios da autoria de crime: o legislador entendeu que a melhor solução seria a via consensual, diminuindo a força da ingerência penal e evitando, entre outros males ao indivíduo, a estigmatização própria ao processo penal. Se é verdade que a Constituição trouxe a quebra de uma tradição nas ciências penais brasileiras, a mudança não poderia significar lesão a direitos e garantias fundamentais do indivíduo, inerentes à condição humana, e que formam a esfera intangível de todo ser humano, a partir da compreensão histórica dos chamados *direitos humanos*.

Mas que transação penal? Que solução consensual foi aceita pela Constituição Federal? Qualquer uma que venha a ser regulamentada? Haveria limites para a solução consensual? Acreditamos na afirmativa. A alternativa *despenalizadora* não exclui garantias, podendo apenas se compatibilizar com elas. As garantias da legalidade, do devido processo legal, da presunção de inocência, como tantas outras que formam o cabedal de instrumentos próprios ao indivíduo para que se livre da opressão estatal (ou das maiorias) e que foram construídas pelas conquistas históricas globais e reafirmadas na *Constituição cidadã* devem ser consideradas limites e vetores interpretativos a esse *novo* instrumento limitador do poder estatal. Outra visão é subverter a razão de ser da transação penal. Ela não se justifica pelo utilitarismo da velocidade na prestação do serviço, nem pela pequenez da infração que não merece intervenção penal. Para o primeiro

argumento, jamais a ineficiência do aparelho estatal poderia redundar no reconhecimento da diminuição de garantias, sob pena de nova roupagem para as *razões de Estado*, próprias da ditadura. Para o segundo, se a infração não merece a atenção do Estado, deve ser *descriminalizada*, banida do mundo penal, e não simplesmente se deve oferecer possibilidade alternativa de controle.

Eis nossa primeira premissa: a solução consensual dos conflitos penais só pode ser vista como instrumento que busca diminuir a força da intervenção penal, ou seja, é instrumento (definitivo ou de transição) para uma menor ingerência estatal na esfera de direitos do indivíduo. Assim, como instrumento que agrega novos limites ao poder estatal, não tem como missão excepcionar outros já consagrados e intangíveis. A leitura da transação penal deve respeitar os antigos direitos e garantias individuais, sob pena de subversão de seu contexto político-constitucional.

2. LEGALIDADE COMO BASE PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em breve síntese, as concepções que fundamentam a atual concepção de Estado concordam com a hipótese dita *contratualista*, ou seja, surge o Estado da necessidade de diminuir o grau de violência da vida em comunidade, monopolizando assim a força (observadas raras exceções), com o que passa a ser possível o desenvolvimento da vida em comunidade. Com a passagem dos séculos, a instituição estatal se agiganta, o que provoca a reação daqueles que, ainda que entendendo necessária a figura do Estado, impõem à sua legitimidade e aceitação o reconhecimento de sua atividade-meio (o Estado não pode ser fim em si mesmo, mas apenas meio) e a primazia do indivíduo: é o marco da idéia liberal. O Estado precisa de limites: “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder refreie o poder”⁶. Com a concepção do

6. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. São Paulo: Ediouro, s.d., p. 133

Estado Liberal de Direito, a intervenção estatal ganha freios (limites) na *lei*⁷ que, com o aperfeiçoamento da idéia democrática, deve ser o produto da vontade popular. É a conversão do governo de *pessoas* pelo governo *das leis*. O ideal também evolui, não mais se aceitando o povo-ícone⁸, exigindo-se a possibilidade do povo-ativo, para o que se faz necessário o reconhecimento de uma série de direitos e garantias fundamentais. Com o advento da Segunda Guerra Mundial, a crise da legitimidade das maiorias se faz presente de forma mais acentuada, ressaltando a primazia do indivíduo que deveria ser a base do novo Estado Democrático de Direito, que pode e deve ser voltado ao bem-estar social, mas que não pode atentar contra os chamados direitos humanos, cuja tradução positiva brasileira se encontra, de forma não taxativa mas bastante numerosa, no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição brasileira.

Além de marco histórico e garantia individual, a legalidade é necessidade para a manutenção da estrutura dos poderes e sua legitimação. O respeito à legalidade, e sua função (não única, mas necessária) de limite ao poder do Estado é verdadeira base de uma real democracia. Em primeiro, porque a própria *separação dos poderes* necessita da legalidade, pois de outra forma são delegadas as funções legislativas ao Judiciário, que as exercerão juízes com a conveniência e oportunidade que não lhes são características⁹. A própria Constituição brasileira proíbe a delegação de

7. Sobre a origem do conceito Estado de Direito, Afonso da Silva: “Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a *lei* considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo(...)” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 174). Também Jorge Miranda: “Estado de Direito é o Estado em que, para a garantia dos direitos dos cidadãos, estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade (...) se eleva a critério de ação dos governantes.” (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 46).
8. Sobre os conceitos de povo-ícone e povo-ativo, ler: MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo?* 2. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.
9. Sobre a indelegabilidade das funções: “a independência supõe a separação, sendo ilógico supor que, separadas as funções e entregues a órgãos distintos por uma vontade soberana (Assembléia Constituinte) e, portanto, acima da vontade dos órgãos criados, possam eles, a seu critério, delegar atribuições, uns para os outros.” (TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 124).

matérias que tratem de direitos individuais, e, lembrando que o foco do presente trabalho é a seara penal, a liberdade é sempre o objeto do litígio. Ao diminuir a função da legalidade, perde-se a possibilidade de uma real repartição de funções, e faz-se hipertrofiado o Poder Judiciário (ou mesmo o Ministério Público), com grande prejuízo à democracia e mesmo à vitalidade de tais instituições, assunto ao qual retornaremos posteriormente. Em segundo, o cidadão que não conhece o limite de sua liberdade pela inexistência de leis claras que regulem as possibilidades de conduta não punível, bem como as sanções cabíveis, não tem as possibilidades (liberdades) necessárias para a expansão de sua consciência, a ponto de conseguir laborar uma crítica do sistema político e dele participar, como deve o *povo-ativo* de uma real democracia. A insegurança da falta da legalidade oprime o indivíduo, e a opressão é instrumento da servidão, do medo do Estado, que estimula o desinteresse pelas questões políticas, a alienação e a falsa democracia.

O grande nível de abstração do *princípio da legalidade* não pode resultar no esvaziamento de seu conteúdo nas operações jurídicas em nosso país. Como princípio reitor do Estado de Direito, vincula todo o ordenamento à sua égide, reforçado pelo valor *Estado Democrático de Direito* expresso na Constituição Federal. A legalidade obriga o Estado a atuar dentro de determinados limites, restringindo as possibilidades estatais, sendo essa sua compreensão histórica. Quanto mais forte a atuação estatal, maior deve ser a clareza do limite, quer quanto ao momento em que é autorizada a intervenção, quer quanto à força da própria intervenção. Se o assunto repousa na seara penal, o grau de restrição não pode ser outro que não o máximo, bem como a clareza das condutas proibidas e das sanções passíveis de aplicação. Não é recente a pregação pela legalidade penal, que tem importante relação com o regime político escolhido.¹⁰

10. Sobre a origem histórica da legalidade: "Historicamente o princípio da legalidade veio à luz para diferenciar o Estado Constitucional daquele absolutista ou tirânico, e isso é marcante quer no texto inglês de 1215, quer na declaração francesa de 1789." (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 17).

A legalidade é, assim, o grande marco do Estado de Direito, ainda que não o único. Sua crise é a derrocada das bases democráticas e, especialmente na seara penal, a perda da justificativa da *tutela do mais fraco*¹¹, da proteção do indivíduo contra ânsia de vingança da maioria. Sem o freio da legalidade, o retrocesso ao arbítrio estatal se perde nos séculos, e não há quem encontre compatibilidade entre tal arbítrio e a concepção de Democracia de Direito.

3. A LEGALIDADE E O MODELO CONSENSUAL

Chegando ao estudo específico do Direito Penal, é preciso observar que se trata do mais grave instrumento de intervenção a serviço do Estado, uma vez que a pena tangencia até mesmo o direito fundamental de liberdade, vital à realização do indivíduo. Vários freios foram – em face da já referida crise de legitimidade da maioria e necessária proteção das minorias – colocados nas possibilidades do legislador penal, no sentido de proteger a minoria, ou seu aspecto máximo, o indivíduo. O núcleo intangível da Constituição, composto também pelo rol de direitos e garantias individuais, é a maior demonstração da opção política do Estado brasileiro. Diz-se, no Brasil, que a justiça consensual, cujo primeiro traço já vinha assinalado na Constituição Federal, é também resultado de tal processo, uma vez que permitiria maior autonomia ao indivíduo, redução qualitativa da violência penal e, de forma reflexa, melhorias na prestação dos serviços do Poder Judiciário¹², que grande ênfase ganha no moderno Estado Democrático de Direito.

Partindo assim da premissa de legitimidade do instituto, pois que previsto na Constituição, passaremos a estudá-lo no que tange aos limites da

11. "(...) o paradigma garantista desenvolvido assumiria como única justificativa do Direito Penal a tutela do mais fraco: não a defesa social, mas a irrestrita defesa do mais fraco, que no momento do crime é a parte ofendida, no momento do processo o réu, e no momento da execução penal o condenado (Ferrajoli)." (CARVALHO, Salo de. *Prefácio*. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001).

12. Sobre o tema: GRINOVER Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Juízados especiais criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 34 e ss.

transação, quer em sua conformação ideal abstrata, quer na sua concretização, comparando as possibilidades e formulando críticas e sugestões, na busca do aperfeiçoamento do instituto e no cumprimento daquela que deve ser a missão primeira do operador do direito: assumir a responsabilidade cívica de sua função e agir na busca da realização de uma democracia. Não nos esqueceremos, no entanto, que a Constituição não é formada por artigos esparsos, mas por um todo logicamente ordenado, não apenas *formal*, mas também *materialmente*. Assim, a idéia da justiça penal consensual apenas pode ser admitida quando enfocada de forma harmônica com os demais dispositivos da Constituição Federal, especialmente o princípio reitor do Estado Democrático de Direito e o consectário princípio da legalidade.

Acreditamos que para a compreensão do ordenamento é necessário compreender seus marcos valorativos e princípios, baixando em níveis de concreção até a perfeita compreensão das normas e legitimação dos atos concretos. Assim, será feita breve análise do instituto permitido pela Constituição, e apenas a partir de tal premissa é que se fará a análise da legislação ordinária e de sua aplicação.

Chegamos à discussão específica do presente trabalho: haveria algum limite para a proposta de transação? A lei não traz limites expressos à proposta, salvo a qualidade da pena (multa ou restritiva de direitos). Muitos afirmam que os referidos limites devem ser observados de acordo com o bom senso, ou com um juízo de conveniência e oportunidade. Ocorre que tais idéias, muito comuns para distinguir a discricionariedade dos chefes eleitos do Poder Executivo, são insuficientes para responder ao grau de *segurança*¹³ necessário a legitimar uma intervenção de natureza penal. O cidadão não pode ficar sujeito ao arbítrio, por mais prudente que seja, do

13. Sobre a necessidade de segurança nas previsões penais: "O que se está querendo afirmar é que a segurança jurídica é uma tese ideológica não da finalidade do Direito Penal, mas sim dos meios de que se vale este (...)." (SCHIMDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 116).

órgão do Ministério Público e do magistrado. A democracia de direito é o governo das leis, e não das pessoas. É necessário um limite para a sanção, sob pena de torná-la mais grave que a prevista em caso de condenação (sempre levando em consideração a situação individual), ou seja, será ferido o princípio da legalidade em seu consectário do *nulla pena sine praevia lege*. É pouco argumentar em favor da compreensão atual afirmando que não é possível pena privativa de liberdade, identificando a *resposta penal* com a *privação de liberdade*, o que é erro primário e comum na atual ciência penal. As outras espécies de pena também precisam ser limitadas, pois continuam tendo natureza penal, e qualquer desvio em outro sentido seria autorizador de uma série de violações, como já tem ocorrido.

Não pode o Poder Legislativo delegar ao Ministério Público ou à magistratura a regulação de matéria referente a direitos individuais, como aqueles tratados na esfera penal, sob pena de quebra de estrutura primordial da separação dos poderes. Não pode ser desafiada a legalidade, sob pena de perda dos principais instrumentos de formação do Estado Democrático de Direito, e a orientação política equivocada tende a se alastrar, obstando de forma invencível a formação de uma cultura realmente democrática.¹⁴

Mesmo ao Ministério Público tamanha liberdade, sem os freios necessários da lei, não é interessante, sob pena de perda de legitimidade. “A defesa da ordem jurídica é o objetivo da atuação ministerial”¹⁵, bem como do *regime democrático*, como manda a Constituição. A relação da legalidade com o regime democrático já foi discutida, e dispensa maiores especulações. Percebe-se que a defesa da ordem jurídica pressupõe a existência de tal ordem, que não deve ser criada ou complementada pelo

14. Cabe aqui a mesma crítica feita quando se explica a necessidade de que a lei penal incriminadora seja taxativa. Se a lei não é taxativa, significa delegar ao Judiciário a escolher seu real alcance, o que é vedado pela própria tripartição de poderes, de forma a permitir o controle do poder estatal. Aqui, não tem o legislador o poder de delegar matéria relativa a direitos individuais (liberdade) para órgãos de outros “poderes”, até pela já referida vedação constitucional.

15. MAZZILI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 22.

Ministério Público, sob pena de usurpação de função, extrapolando os contornos constitucionais da instituição. Tanto que a doutrina entende que a atuação do Ministério Público tem natureza *administrativa*¹⁶, ou *ontologicamente executiva*¹⁷. Por outro lado, há que se considerar que os membros do Ministério Público são escolhidos em concurso público elaborado por membros do próprio Ministério Público, ou seja, não há eleição ou participação popular. Assim, o Ministério Público atua democraticamente quando exige a aplicação da lei (produto da vontade popular), quando defende a ordem jurídica, mas nunca além desse limite. O único contato da instituição com a legitimação democrática popular é a instrumentalização da lei. Não pode caber ao membro do Ministério Público a escolha discricionária acerca da conveniência da imposição de uma pena a alguém ou a força de tal punição: as regras precisam estar previamente previstas pela ordem jurídica, e ao representante ministerial apenas caberá aplicá-las, na defesa da ordem *jurídica* e da democracia. O Ministério Público, na atual configuração constitucional, é importante demais e sua legitimidade deve ser preservada, com o corte das arestas de exercício não coerentes com o regime democrático. É a única leitura possível a partir das premissas constitucionais.

Concluimos que a Justiça Penal consensual, possível pela égide constitucional, deve ser analisada a partir de criteriosa visão dos princípios reitores do Estado brasileiro, ou seja, deve ser viabilizada dentro de um espaço em que os demais mandamentos constitucionais alcancem maior eficácia possível, mormente os referentes às garantias processuais. Mais importante, deve ser compatível com os ideais de um Estado Democrático de Direito e do princípio da legalidade. Concluimos ainda que são necessários limites até mesmo para a negociação estatal na chamada Justiça Penal consensual, sob pena de quebra da estrutura democrática e retirada de eficácia real das garantias processuais do inciso V.

16. MAZZILLI, Hugo Nigro, *Introdução ao Ministério Público*, cit., p. 19.

17. SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 554.

4. LIMITES PARA A TRANSAÇÃO PENAL

Conforme previsto na Lei n. 9.099/95, O Estado-acusação, na audiência preliminar (e até mesmo em outras oportunidades, na hipótese de não ser possível aperfeiçoar tal ato) deve propor, em presentes os requisitos legais, que o indivíduo apontado como autor do fato se comprometa a pagar uma pena de multa, ou restritiva de direitos, como apanágio da idéia *nolo contendere*¹⁸, e, havendo aceitação, seria homologado o acordo, o que impossibilitaria a nova discussão da causa (não olvidando que o STF entende, no descumprimento do acordo, a possibilidade de que o acusador inicie a ação¹⁹). Trata-se, evidentemente, de aplicação de pena sem processo²⁰, ainda que, para a opinião majoritária, autorizada pela Constituição²¹. É, de forma incontestável, grave diminuição das garantias do indivíduo, ainda que permitida pelo confronto das normas, parecendo violar todo o desenvolvimento cultural do *due process law* “material”, bem como dos limites impostos ao Estado na intervenção penal nos últimos três séculos. Não nos vestiremos, no entanto, de roupagem chamada conservadora e ortodoxa: partiremos da premissa de que tal diminuição de garantias é possível, até mesmo sob pena de esvair de eficácia o mandamento constitucional autorizador da transação penal²². No entanto, necessário

18. Explicando o sentido da expressão, Grinover: “A figura que mais se aproxima do instituto pátrio é a *nolo contendere* (não quero litigar), pelo qual o interessado simplesmente prefere a via do consenso à do conflito.” (GRINOVER Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antônio; GOMES, Luiz Flávio, *Juizados especiais criminais*, cit., p. 33).

19. Discordamos frontalmente de tal posição, que parece confundir *inadimplemento* de obrigação com causa *anulatória* do acordo.

20. Sobre o tema, REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Org.). *Juizados especiais criminais*, São Paulo: Malheiros. 1997. p. 26 e ss.

21. Mas não unânime. Vale ressaltar artigo escrito ainda antes da vigência da lei, em 1993 no qual Duek comenta o então projeto de lei, assinalando que o instituto da transação penal nos moldes então propostos viria a ferir o princípio da presunção da inocência, do devido processo legal e, ainda, seria incompatível com os fins do Processo penal. (DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. A transação penal nos juizados especiais. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 7, p. 1, ago. 1993..

22. Não nos furtamos, no entanto, a indicar que se a Constituição autorizou algum tipo de transação penal, não é necessariamente aquela prevista em nossa legislação, pela grande diminuição de garantias. O ponto merece discussão apartada, e não é esse o principal foco do presente trabalho.

convir que com tal diminuição de instrumentos de proteção ao indivíduo, outras garantias devem ser ampliadas na interpretação e aplicação do instituto, sob pena de recortar a autorização constitucional para a transação penal do contexto político de nossa Carta Maior. Na balança de garantias, quando a lei permite a queda na proteção de uma, deve cercar o interessado com uma superavaliação das demais, sob pena de violação à sua dignidade, o que é inadmissível no atual modelo de Estado. Outro entendimento tornaria a lei (Lei n. 9.099/95) ou qualquer outro subsistema normativo inconstitucional, uma vez que se trataria de comando “tendente a abolir” garantia individual²³. O que se quer frisar é: na adoção e aplicação do instituto da transação penal, toda medida que possa ser interpretada ou acentuada no sentido de favorecer as armas de defesa do indivíduo – que já recebe intervenção penal sem processo – deve prevalecer. A assistência qualificada, a interferência jurisdicional em favor das garantias individuais e os limites para a oferta de transação penal devem ser compreendidos, nesse sentido, no superlativo.²⁴

Iniciamos o estudo pela indagação: “o que é transação penal?”

Para que possamos estudar o instituto da transação penal, faz-se necessário recorrer ao significado da palavra *transação*. É sabido que os termos não têm apenas um significado, mas uma gama de possíveis significados, o que não inviabiliza a idéia da legalidade, mas tão-somente aprimora o trabalho do intérprete, que deve buscar o significado condizente com a opção político-constitucional do país, ou com princípios constitucionais, entre outros instrumentos hábeis a escolher quais os significados possíveis dentro do contexto do ordenamento, visto como sistema. Assim, vale buscar primeiramente o significado *comum*²⁵ do termo, nos

23. Vedação absoluta do artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal.

24. Acreditamos que o regime democrático obriga a tendência de maximizar, sempre, as garantias individuais. Trata-se de valor reitor trazido pela Constituição, que vincula o intérprete.

25. Seguimos aqui a lição de Canotilho, abordando ao mesmo tempo o sentido comum e o sentido científico, ou seja, as duas convenções lingüísticas, com o intuito de demonstrar o inescapável sentido do texto. A respeito do assunto: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1091.

dicionários consagrados. O *Aurélio* o compreende como “1. O ato ou efeito de transigir. 2. Combinação, convênio, ajuste. 3. Operação comercial. 4. *Jur.* Ato jurídico que dirime operações litigiosas ou duvidosas mediante *concessões recíprocas* das partes interessadas, composição” (grifo nosso). O significado em nada difere do chamado sentido *técnico* do termo, trazido entre outros por Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco: “São três as formas de autocomposição (as quais, de certa maneira, sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis): a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) *transação (concessões recíprocas)*”²⁶. Também: “A conciliação pode ser extraprocessual ou (...) endoprocessual. Em ambos os casos, visa a induzir as próprias pessoas em conflito a ditar a solução para sua pendência. O conciliador visa obter uma *transação* entre as partes (*mútuas concessões*) ou à submissão de um à pretensão do outro (...)”²⁷ (grifo nosso).

Já fixamos a premissa acerca de qual espécie de autocomposição foi autorizada pela Constituição. Não foi a renúncia ou a submissão, mas apenas a transação, ou seja, aquela forma de consenso que obriga concessões recíprocas. Se não há concessão de ambas as partes, não há transação. Outra forma de autocomposição seria inconstitucional, sendo aliás também ilegal, pois contrária ao espírito da própria lei, nos dizeres de Grinover: “A lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) também admite, para composição civil dos danos, as três formas de autocomposição (art. 74); mas, para a autocomposição penal só admitiu a transação (art. 76)”²⁸. É impossível ampliar o significado do termo transação sem subverter a clara idéia da Constituição. Não existe transação *lato sensu*, ou forma de interpretar extensivamente (permitindo a ausência de concessões recíprocas), instituto que tolhe garantias processuais ao indivíduo. Não há possível compreensão do termo constitucional que não implique nas referidas concessões,

26. CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21.

27. *Idem*, *ibidem*, p. 28.

28. *Idem*, *ibidem*, p. 30.

e não é possível desrespeitar os marcos de possíveis significados da norma constitucional²⁹. Ou há transação/concessões recíprocas ou a solução é inconstitucional. O cidadão dispõe (concede) de parcela de sua liberdade que só poderia ser atingida com a certeza da culpa. E o Estado? Deve ceder no que toca à espécie e à quantidade da sanção buscada na ação penal! Se não for dessa forma, não há real transação, mas sim outras formas de autocomposição não permitidas pela Constituição.

A priori, deve ser a proposta precisa quanto à pena restritiva de direitos ou multa a ser aplicada. *Em sendo necessária uma concessão por parte do Estado, a sanção proposta não pode ser superior à pena que seria aplicada numa eventual condenação*. Do contrário, haveria a descaracterização do termo *transação* penal, com a violação quer do princípio da legalidade das penas, previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXIX, quer a exigência de concessão mútua entre as partes por parte da própria Lei Maior. É a única forma de compatibilizar o instituto da lei com a Constituição. De nada adianta objetar que a lei não traz tal ditame: ela apenas é constitucional a partir do momento que segue tal pensamento, pois outra forma de consenso na seara penal não é admitida.

Não é mais (jamais foi) suficiente o mecanismo de controle de constitucionalidade usualmente denominado de *formal*, que controla apenas o procedimento de elaboração da lei de acordo com as normas superiores preestabelecidas. É preciso que o conteúdo das normas infraconstitucionais se compatibilize com os preceitos constitucionais expressos, implícitos e, o que é mais importante, com os valores políticos reitores do Estado Democrático de Direito. Não é possível fazer o controle de constitucionalidade às avessas, tantas vezes denunciado³⁰, buscando alterar a

29. "Conseqüentemente, o espaço de interpretação, ou melhor, o âmbito de liberdade de interpretação do aplicador-concretizador das normas constitucionais, tem também o texto da norma como limite: só os programas normativos que se consideram compatíveis com o texto da norma constitucional podem ser admitidos como resultados constitucionalmente aceitáveis derivados de interpretação do texto da norma." (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1.094).

30. Vide, a respeito, a crítica de José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1.106).

compreensão harmônica da Constituição, para salvar a aplicação de uma lei ordinária ou, o que é pior, de um costume. No caso em tela, a lei pode ser interpretada e aplicada em consonância com a Constituição, e apenas a tradição de compreender e aplicar o instituto de forma equivocada é obstáculo a ser vencido. O obstáculo não é pequeno, uma vez que repousa em décadas formadoras da cultura do autoritarismo, com uma população acostumada a não ter o respaldo das leis, nem o socorro suficiente do Judiciário. Os operadores do direito também formam tal *população*.

5. INSTRUMENTOS PARA A TRANSAÇÃO PENAL COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO

E que pena deve ser considerada como marco máximo? A máxima em abstrato para a infração penal em tela? A mínima? Acreditamos, com base na isonomia e na sua especificação da individualização da pena, que deve ser levada em consideração a pena máxima a ser aplicada em caso de condenação *no caso concreto*.

Mas é possível antecipar o máximo da pena em concreto, com grau suficiente de segurança, no momento da proposta de transação? Acreditamos que sim, com base na própria lei em estudo: com a rubrica *fixação da pena*, o artigo 59 do Código Penal traça as principais regras que devem nortear o juiz no cumprimento do princípio constitucional da individualização da sanção, na primeira fase de fixação da pena. Confrontando-se o artigo 59 do Código Penal com o artigo 76, parágrafo 2º, inciso III, da Lei n. 9.099/95, verifica-se que as condições pessoais do agente e outras circunstâncias podem se tornar um empecilho para a proposta de transação. Evidentemente, trata-se em tese de uma apreciação dos agentes estatais, mesmo antes do início do processo, de circunstâncias praticamente idênticas àquelas que trariam balizas à pena final. Se tal apreciação é possível, ou entendida como possível pelo legislador e pela doutrina, a apreciação dos mesmos requisitos também é possível para fixar o máximo da pena a ser aplicada no caso concreto. Desnecessário observar que, ainda que de forma genérica, as agravantes e causas de aumento e diminuição da pena

não deixam de ser *circunstâncias*, termo presente no artigo 76 parágrafo 2º, inciso III.

A lei não trouxe o necessário limite expresso para o *quantum* da transação. Mas trouxe o limite implícito, pela simples compreensão do que seja transação. Há ainda excelente demonstração de que ao magistrado cabe controlar a proposta, quando permite de forma expressa reduzir o valor da prestação até a metade. É clara, assim, a possibilidade de controle, que nem precisaria ser explícita, uma vez que a inafastabilidade da jurisdição, de patamar constitucional, traria a mesma conclusão. O que não se pode é compreender que este (metade) seria o limite do controle de constitucionalidade e legalidade por parte do magistrado, uma vez que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito³¹”, e o indivíduo tem direito (conforme a Constituição) a uma *transação*. Concluímos que tal limite (de reduzir a proposta pela metade) é inconstitucional e não pode ser limite ao juiz na busca da legitimação (legal e constitucional) da proposta, que pode e deve ser reduzida até que se perceba uma real transação.

Assim, sendo possível perceber que, no caso concreto, condenação a eventual pena privativa de liberdade seria convertida em multa, pela presença dos requisitos favoráveis, e se o valor máximo da multa fosse R\$200,00 (duzentos reais) com o cotejo das circunstâncias da infração e do sujeito, a proposta não pode ir além desse limite, sob pena de não haver concessão, não haver transação, tornando-se inconstitucional. O mesmo vale para as restrições de direitos. Nesse ponto, muito importante o papel do magistrado, que não pode se furtar de ser garante do cidadão e do ordenamento jurídico, elaborando direto controle da legalidade da proposta, e, é claro, de sua constitucionalidade³². O papel do Judiciário na

31. Constituição Federal, artigo 5º, XXXV.

32. Sobre o papel de garante do magistrado no Estado Democrático de Direito Silva Franco: “Em resumo, é mister que se questione o tipo de relacionamento que o juiz deve manter com a Constituição e com as leis infraconstitucionais e o fundamento da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário. O juiz e a Constituição devem ter, em verdade, uma relação de intimidade: direta, imediata, completa. Há um nível de cumplicidade que os atrai e

conformação de um Estado Democrático de Direito, em sua formação histórica e política, não é outro que não esta garantia ao indivíduo da existência de limites ao Estado. No caso, em face do comando constitucional, é dever do Judiciário verificar se há realmente uma transação! O poder de controle não pode se desdobrar apenas na possibilidade de reduzir a proposta à metade do valor pois, se ainda com tal artifício, não estiver havendo transação (concessão por parte do Estado-acusação), o resultado seria inconstitucional, carecendo de reparos. Aliás, no sentido do necessário controle por parte dos magistrados, nossos Tribunais já se manifestaram: “Redução de pena – TACRSP: Cabe ao julgador reduzir a pena objeto da transação prevista na Lei n. 9.099/95, ainda que aceita pelo autor do fato, quando esta lhe parecer excessivamente gravosa, uma vez que, embora se trate de vontade das partes submetidas à apreciação do Juízo, este não é mero homologador daquilo que lhe é apresentado e, envolvendo o acordo matéria de natureza penal, visa, de forma precípua, a pacificação social” (*RJDTACRIM* 32/243-244). Necessário agora perceber que a função do Judiciário na transação penal deve ir mais adiante, não só no cumprimento do estabelecido na legislação ordinária, mas também compatibilizando a prática do instituto com a Constituição Federal.

Há, no entanto, um argumento a vencer: Ao simplesmente abrir mão do processo penal, não estaria o Estado-acusação já concedendo parcela de seu poder, ou seja, sabendo o mal que traz o estigma do processo penal ao agente? Abrindo mão de tal processo e chegando somente na sanção principal, já não haveria suficiente concessão para a existência de uma transação, e, assim, a constitucionalidade do instituto? Acreditamos que

os enlaça. Na medida em que, de maneira explícita ou implícita, dá-se positividade constitucional aos direitos fundamentais da pessoa humana, estabelece-se, ao mesmo tempo, um sistema de garantias com o objetivo de preservá-los. O juiz passa a ser o garantidor desse sistema. Não pode, por isso, em face de violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, permanecer num estado de inércia ou de indiferença ou mesmo admitir que o legislador infraconstitucional se interponha indevidamente entre ele e a Constituição.” (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 70).

não. A estigmatização do processo não pode ser utilizada como forma de barganha pelo Estado. O processo é o meio (e seu estigma um mal) necessário para se apurar a verdade dos fatos e alicerçar a presunção de inocência, ou seja, até que se tenha uma decisão transitada em julgado, no final de um processo, ninguém pode ser considerado culpado. O estigma não é uma arma, mas um mal inevitável³³, que deve inclusive ser evitado a qualquer preço, conforme reconhece o próprio Estado *trancando* investigações e ações abusivas. Medida relevante na linha da eliminação do estigma foi a de garantir, no parágrafo 6º do artigo 76 da Lei n. 9.099/95, o sigilo do registro a respeito da transação penal. Mas não é a única. Há também o sigilo das condenações por força da reabilitação ou do artigo 202 da Lei de Execuções Penais. A jurisprudência, reconhecendo o mal da estigmatização, com conhecidos e comprovados fatores criminógenos³⁴, também já reconhece o direito ao sigilo aos indiciados e processados que foram absolvidos, havendo inclusive recente decreto do governo paulista na mesma toada. Sendo um fator criminógeno, ou seja, de aumento da violência, é claro (premissa da função primordial de diminuir a violência) que o Estado não tem qualquer interesse na estigmatização. Não integrando a idéia de justa violência ou punição, o processo penal é instrumento de garantia do indivíduo, e não instrumento de punição ou mal a ser utilizado pelo Estado. O Estado tem como fim que o legitima (e vincula) a diminuição da violência, e não o aumento. Por outro lado, se reconhecido o processo com função de prejuízo (sanção) ao indivíduo, o ordenamento traria armas para que fosse controlado seu uso pelo Estado, o que não ocorre, conforme perceptível, por exemplo, pela não recorribilidade da decisão que recebe denúncia ou queixa. Concluindo, apenas com a pena, que é um mal legítimo, pode o Estado transacionar, e não com o estigma do processo penal, que é mal necessário e cujas conseqüências nocivas devem ser, sempre, evitadas.

33. Ao menos na cultura atual.

34. Sobre a estigmatização, sua função social e efeitos, vide: CASTRO, Lola Anyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, especialmente p. 97 e ss.

Após analisar o papel do Ministério Público e do magistrado, cabe estudar a atuação da defesa. A forma consensual, aceitação da pena em conjunto pelo suposto autor do fato e sua defesa técnica, importa no exercício possível da defesa no momento da *negociação* sobre a proposta. Percebe-se o quão encolhidas foram as possibilidades do indivíduo, sendo que, à evidência, deve ser compreendida a possibilidade de ação do apondado autor do fato ao máximo, quer influenciando na proposta final, quer na possibilidade de pleitear o controle jurisdicional (premissa do Estado Democrático de Direito – primazia do indivíduo – balança de garantias). Aqui vale realçar a posição do advogado, que deve exigir que a proposta de transação se revista de legalidade, proporcionalidade e, principalmente, constitucionalidade. Não é aceitável que o advogado não possa agir, com os conhecimentos e responsabilidades próprias da profissão, na real defesa dos direitos garantidos ao cidadão, restando relegado a segundo plano, apenas acolhendo, sem possibilidades de controle, aquilo que é trazido pelos representantes do Estado-acusação.³⁵

Acreditando que a proposta não é inferior à pena que seria aplicada, cabe ao defensor exigir que o magistrado faça o controle de constitucionalidade da transação, trazendo a força da sanção ao limite necessário pela *concessão* estatal. O defensor deve ter oportunidade de se manifestar acerca da proposta, e é preciso assegurar que sua manifestação fique registrada nos autos, bastando para tanto que sejam transcritas as ponderações verbais feitas em audiência. Não se fala aqui em prazo para oferecimento de alegações, o que feriria o espírito de celeridade e informalidade da lei, mas simplesmente a compatibilização do instituto com a garantia da ampla defesa e da inafastabilidade da jurisdição³⁶. Ainda que

35. Comentando o direito de defesa e o contraditório, Scarance esclarece que “O processo, pela sua própria natureza, exige partes em relações opostas, uma delas necessariamente em posição de defesa, e para que, no seu desenvolvimento, seja garantida a correta aplicação da justiça, impõe-se que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária”. (SCARANCA FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 255).

36. Sobre a importância do referido princípio, informa José Afonso da Silva: “O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos.” (SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 410).

por via verbal, a defesa deve ter garantido o direito de protestar contra a proposta abusiva e inconstitucional, e tal pleito deve ser apreciado pelo Poder Judiciário.

Resta, por fim, discutir acerca da possibilidade recursal, ou seja, do mais acentuado e importante papel do advogado na defesa dos interesses do cidadão na referida conciliação. A Lei n. 9.099/95 traz previsão de possibilidade de impugnação da decisão que homologa a transação penal³⁷. A hipótese compreendida pela doutrina seria aquela em que o magistrado, à revelia do tratado pelas partes, fixa outros termos que não os transacionados no momento da homologação, ou, ainda, quando a parte fizer prova de vício de vontade³⁸. Percebe-se o quão raquítica se mostra a possibilidade recursal para a doutrina. Mirabete acrescenta mais uma hipótese: “Também cabe o recurso quando, aceita a proposta pelo agente, com ela não concordou seu advogado ou vice-versa”³⁹. Por tal entendimento, o advogado poderia usar do subterfúgio da discordância acerca da aceitação para conseguir o recurso e o efetivo controle da legalidade/constitucionalidade pela instância *superior*. Ainda que aberta tal possibilidade, entendemos que é pouco, mormente porque lastreada em técnica divorciada dos princípios da lealdade e de garantia do processo penal, como se o cidadão precisasse de subterfúgios ou mentiras para garantir seus direitos constitucionais. O controle jurisdicional de primeiro grau deve ser possível também em grau de recurso, pelo colegiado, na mesma extensão. Se é dever do juiz regular a legalidade/constitucionalidade do acordo, deve ser possível submeter tal controle, quando a parte se sentir ofendida em seus interesses, também ao órgão com competência recursal. Se a parte concorda com a não realização do processo (*nolo contendere*), mas entende ilegal, desproporcional e/ou inconstitucional o *quantum* ou a espécie de

37. Havendo inclusive grande polêmica acerca da possibilidade de recurso da decisão que deixa de homologar.

38. GRINOVER Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antônio; GOMES, Luiz Flávio, *Juizados especiais criminais*, p. 147-148.

39. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 145.

proposta feita pelo Ministério Público, a despeito da concordância/controle do juiz singular deve ser possível o recurso, para que seja providenciado novo controle jurisdicional. Frente à diminuição de garantias da *pena sem processo*, é o mínimo que se pode pleitear frente ao Estado. Nesse sentido já caminhou a jurisprudência: “TACRSP – Malgrado homologatória de transação prevista pela Lei n. 9.099/95, é a sentença dessa natureza acatável via de apelo, pois tem ela a pretensão de ser definitiva. Se assim não fosse, e não inserida nas hipóteses onde cabe o recurso em sentido estrito, seria ela irrecurável, mitigando-se a garantia da ampla defesa e o acesso ao duplo grau jurisdicional. Malgrado homolo-gatória, havendo distonia entre a vontade do defensor e a do infrator, atento à preponderância de defesa técnica, deve a vontade daquele prevalecer. Malgrado homologatória, deixando o juiz reduzir a pena pela metade nos termos do artigo 76, parágrafo 1º, legítimo se revela o interesse recursal do infrator que sucumbiu parcialmente. Recurso defensivo que se conhece e se nega provimento” (RJE 7/366).⁴⁰

A referida redução nada mais é que o controle da legalidade e constitucionalidade. O primeiro passo foi dado, mas é preciso que as normas constitucionais sejam inseridas na discussão. Estando a parte insatisfeita com o controle em primeiro grau, e ante a clara hipossuficiência do cidadão frente à parte acusatória e relevância dos bens em jogo, é necessária a possibilidade de controle pelo órgão colegiado, até mesmo em face do princípio constitucional implícito do duplo grau de jurisdição⁴¹, repetido pelo Pacto Interamericano de Direitos Humanos.⁴²

40. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais*, cit., p. 148.

41. Sobre o tema, Grinover: “Mas, apesar da inexistência de regra constitucional expressa que garanta o duplo grau de jurisdição, trata-se, segundo a melhor doutrina, de regra imanente na Lei Maior que, como as anteriores, prevê não apenas a dualidade de graus de jurisdição, mas até um sistema de pluralidade deles.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Recursos no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 23).

42. Artigo 8º, 2, “h”.

6. CONCLUSÕES

Os princípios inspiradores da Lei n. 9.099/95 refletem a sua ideologia direcionada a efetivar o acesso à justiça, e importou em alteração de rumos no Direito Penal brasileiro, ainda incipiente, mas com vigor suficiente para inspirar o legislador a prosseguir em trilha distinta da vocação punitiva e repressora que, conforme constatável diariamente, tem desmentida sua utilidade para reduzir a criminalidade. Todos os segmentos que constroem a justiça – polícia, Ministério Público, advogados e juízes – devem continuar alertas no sentido de não interromper o processo revolucionário que se coloca em lado oposto à equivocada sedução penalizadora, lembrando os erros de tantas gerações nas quais a repressão crescente parecia ser a saída viável.

Partimos das premissas inafastáveis da hipossuficiência do cidadão, bem como da função de garantia do Direito Penal e da importância do controle da legalidade pelo Judiciário, em um Estado Democrático de Direito. Ressaltamos que a idéia do Estado Liberal, que evolui para Estado de Direito, importa em possibilidade de exigir limites ao poder do Estado. Analisamos os limites da possibilidade de resolução consensual do problema penal, que a Carta Maior permite apenas enquanto transação. Também a necessidade que o controle de real transação seja feito pelo magistrado, quer singular, quer em órgão colegiado, ampliando a compreensão das possibilidades de recurso, uma vez que a aceitação do *nolo contendere* não significa conformismo com a específica proposta. A pena sem processo não pode ficar ao total arbítrio do órgão da acusação, mormente diante dos freios legais e constitucionais, diante dos quais o Judiciário deve se manifestar. Dessa forma, acentuada a importância da atuação dos advogados, quer pleiteando limites para a proposta, quer provocando o recurso para que sejam observados os limites constitucionais da *pena sem processo*. Outro entendimento reduz não só o magistrado, mas também o advogado a um inconcebível *convidado de pedra*⁴³, sem poder contra

43. A expressão é de Tourinho Filho, sobre a necessária atuação dos magistrados no controle da proposta de transação. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113).

abusos e ilegalidades do órgão da acusação, que, embora não sejam a regra, são absolutamente possíveis e devem ser combatidos.

7. BIBLIOGRAFIA

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Coords). *Dicionário de política*. 5. ed. Tradução de Carmen C. Varriale e outros. Brasília: UNB, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Salo de. *Prefácio*. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

CASTRO, Lola Anyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. A transação penal nos juizados especiais. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 7, p. 1, ago. 1993.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRINOVER Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Recursos no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MAZZILI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. São Paulo: Ediouro, s.d..

MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo?* 2. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Org.). *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Malheiros. 1997.

REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Org.). *Juizados especiais criminais*, São Paulo: Malheiros. 1997. p. 26 e ss.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SCHIMDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Criminologia e juizado especial criminal*. São Paulo: Atlas, 1997.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

O SIGILO BANCÁRIO E A AUTORIDADE FISCAL – CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N. 105/2001

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira¹

Sumário: 1 - Introdução; 2 - Inconstitucionalidade; 3 - Constitucionalidade; 4 - Nosso entendimento: constitucionalidade.

1. Procurador do Estado de São Paulo, foi membro eleito do Conselho da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (biênio 2001/2002). Mestre e Doutorando em Direito do Estado pela PUC-SP e professor de Direito Constitucional.

1. INTRODUÇÃO

Discute-se na doutrina e no Supremo Tribunal Federal² a constitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, que prevêem o acesso às informações bancárias, por parte de autoridades administrativas da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, desde que observados determinados requisitos.³

O objetivo deste breve estudo é abordar a questão da compatibilidade dos dispositivos infraconstitucionais citados com o Texto Constitucional vigente, citando algumas posições existentes, externando ao final nosso entendimento.

Embora o precitado diploma legislativo tenha mais de dois anos de vigência, sua constitucionalidade não foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, até o encerramento deste estudo.

Trata-se de tema tormentoso, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “O tema sigilo bancário, como outros temas relativos a segredos, é um tema humano muito forte, portanto nós não podemos afastá-lo com tranqüilidade.”⁴

2. Alguns dispositivos foram objeto de ações diretas de inconstitucionalidade, como a ADIN n. 2.386, apensa a outras ações com identidade parcial de objeto, dentre elas: ns. 2.386, 2.389, 2.390, 2.110, 2.397 e 2.406.

3. A Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, prevê no Artigo 6º: “As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único - O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária”. Outros requisitos estão previstos na Lei, mas fogem do objeto deste, motivo pelo qual não serão apreciados.

4. Texto não revisado pelo palestrante, conferência realizada no “SIMPÓSIO INTERNACIONAL SOBRE SIGILO BANCÁRIO”, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal, em Brasília, no dia 15 de fevereiro de 2001, publicado na *Revista da Advocacia-Geral da União*, ano II, n. 9, abr. 2001, disponível em: <http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/default_arquivos.asp>.

Cabe ressaltar que o ponto central deste trabalho consiste em definir se o sigilo bancário constitui direito absoluto previsto no Texto Supremo, e se foi adotado ou não, pelo ordenamento constitucional, o princípio⁵ da reserva jurisdisdicional quanto a essa matéria.

O princípio da reserva constitucional de jurisdição:

“Importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive aqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’.”⁶

Não pretendemos dar a última palavra sobre o tema, apenas fomentar o estudo deste relevante assunto, citando as correntes doutrinárias existentes, e externar nosso entendimento ao final, lembrando que no Direito “inexiste a valência verdadeiro/falso, pertencente às ciências exatas”⁷. O intérprete faz uma escolha dentre várias opções, todas válidas perante o Direito⁸, o que justifica a existência de entendimentos diversos.

2. INCONSTITUCIONALIDADE

Os defensores desta corrente argumentam que o sigilo bancário constitui expressão do direito à intimidade, tratando-se de matéria sujeita à reserva de jurisdição.

5. Adota-se neste estudo a lição de J. J. Gomes Canotilho, que trata as regras e princípios como duas espécies de normas. (*Direito constitucional*, 4. ed., Coimbra: Almedina, 1987, p. 1.124). Roque Antonio Carrazza afirma: “Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.” (*Curso de direito constitucional tributário*, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 31).

6. STF-MS n. 23.452/RJ, Min. Celso de Mello.

7. André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 69.

8. Neste sentido: Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 7. ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1961, p. 163.

Miguel Reale e Ives Gandra da Silva Martins asseveram:

“Exceção às CPIs, para as quais são inerentes poderes próprios de investigação judicial por outorga constitucional, não podem outros órgãos, poderes ou entidades não autorizados pela Lei Maior quebrar o sigilo bancário e, pois, afastar o direito à privacidade independente de autorização judicial, a pretexto de fazer prevalecer o interesse público, máxime quando não têm o dever de imparcialidade por serem *parte* na relação mantida com o particular.”⁹

Os precitados professores concordam com os argumentos expendidos pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, no sentido de que a Receita não é um órgão equidistante, pelo contrário é parte da relação jurídica substancial em jogo.¹⁰

André Ramos Tavares assevera que somente o Poder Judiciário poderá requisitar às instituições financeiras a quebra do sigilo, impondo-se o reconhecimento de tal prerrogativa como cláusula pétrea, complementando que os agentes do Fisco não estão autorizados constitucionalmente a invadir¹¹ os dados bancários.

Em estudo específico sobre o assunto, diversos doutrinadores, antes do advento da Lei Complementar n. 105/2001, manifestaram-se pela inconstitucionalidade.

Américo Masset Lacombe ponderava:

“O sigilo bancário constitui um direito e garantia individual, uma espécie do conceito genérico da intimidade, amparado constitucionalmente por norma de eficácia plena e imediata (§ 1º do art. 5º da

9. Neste sentido é o parecer de Miguel Reale e Ives Gandra Martins, consultados pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, publicado no site *Consultor Jurídico* em 11 de dezembro de 2002. Disponível em: <www.conjur.com.br>.

10. *O Estado de S. Paulo*, Caderno de Economia, 3 dez. 2002, p. B-4.

11. Afirma o autor que: a palavra “invadir” é a constitucionalmente correta para a hipótese de que se trata. (Ives Gandra da Silva Martins, Coord., *III Colóquio Internacional de Direito Tributário*, São Paulo: IOB/La Ley, 2001, p. 320 e 326).

CF). Por conseguinte, nenhuma lei complementar poderá limitar o alcance desta garantia constitucional para permitir a sua quebra por determinação do Ministério Público ou de autoridade administrativa. A quebra de sigilo bancário só poderá ser feita por autorização judicial, em razão da supremacia do interesse público. É portanto, cláusula pétreia.”¹²

Nesta esteira, Cecília Maria Marcondes Hamati:

“De acordo com a forma colocada pela Constituição Federal a quebra de sigilo bancário é vedada, não podendo, desta feita, a autoridade administrativa requisitar informações desta natureza, ainda que para investigação de prática de sonegação que enseja crime tributário.”¹³

No mesmo sentido, antes do advento da Lei em estudo, é o entendimento de: José Eduardo Soares de Melo¹⁴, Wagner Balera¹⁵ e José Augusto Delgado¹⁶, todos na mesma obra.

Já na vigência da precitada norma, Sacha Calmon Navarro Coelho manifestou-se pela inconstitucionalidade do acesso aos dados bancários pela autoridade fiscal, sem intervenção judicial.¹⁷

Pedro Lenza perfilha desse entendimento, aduzindo que se trata de matéria não estabelecida pelo poder constituinte originário.¹⁸

12. Ives Gandra da Silva Martins (Coord.), *Direitos fundamentais do contribuinte*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 218.

13. Idem, *ibidem*, p. 281.

14. Idem, p. 312.

15. Idem, p. 538.

16. Idem, p. 117.

17. Sacha Calmon Navarro Coelho, Leis complementares 104 e 105/2001. Dias angustiantes permeiam a tributação no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2227>>. Acesso em: 13 jan. 2003.

18. *Direito constitucional esquematizado*, 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: LTr, 2002, p. 451.

Em síntese, de acordo com os ensinamentos dos professores citados, há irremissível inconstitucionalidade na previsão do acesso aos dados bancários pela autoridade fazendária, já que a intimidade e a privacidade constituem direitos fundamentais, veiculados por norma constitucional de eficácia plena, afigurando-se como cláusula pétrea.

3. CONSTITUCIONALIDADE

Para os defensores desta corrente, o legislador pode validamente prever a possibilidade de acesso pela autoridade fiscal dos dados bancários, sem intervenção do Poder Judiciário, não havendo qualquer incompatibilidade vertical da previsão legal em testilha com a Constituição Federal.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior ressalta que não há previsão expressa no Texto Fundamental do sigilo bancário, que tem relação com o inciso X, do artigo 5º¹⁹, envolvendo questões de intimidade e de vida privada, acrescentando que não há parcialidade do Fisco:²⁰

“A Receita não se enquadra no critério da parcialidade. Acho que é possível entender, portanto, que ela pode, e pode até porque há um certo apoio para ela ostensivo, no artigo 145, parágrafo 1º da Constituição Federal, que é aquele artigo que fala da capacidade contributiva”.

Conclui o citado professor que:

“Embora não seja um artigo específico para autorizar a fiscalização, está implícito ali. A Constituição Federal percebe isso. O que a Receita faz é fiscalizar.”²¹

19. Constituição Federal, artigo 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

20. Na doutrina, Ives Gandra Martins e Miguel Reale, afirmam que a ausência de imparcialidade da Receita é um dos argumentos contrários à constitucionalidade do diploma comentado, sobre o assunto vide o tópico sobre inconstitucionalidade, publicado no site *Consultor Jurídico* em 11 de dezembro de 2002. Disponível em: <www.conjur.com.br>.

21. Texto não revisado pelo palestrante, conferência realizada no “SIMPÓSIO INTERNACIONAL SOBRE SIGILO BANCÁRIO”, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal, em Brasília, no dia 15 de fevereiro de 2001, publicado na *Revista da Advocacia-Geral da União*, ano II, n. 9, abr. 2001. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/default_arquivos.asp>.

No Supremo Tribunal Federal, antes da edição da Lei Complementar em comento, o Ministro Francisco Rezek decidiu:

“Parece-me, antes de qualquer outra coisa, que a questão jurídica trazida à Corte neste mandado de segurança não tem estrutura constitucional. Tudo quanto se estampa na própria Carta de 1988 são normas que abrem espaço ao tratamento de determinados temas pela legislação complementar. É neste terreno, pois, e não daquele da Constituição da República, que se consagra o instituto do sigilo bancário – do qual se repetiu *ad nauseam*, neste país e noutros, que não tem caráter absoluto. Cuida-se de instituto que protege certo domínio – de resto nada transcendental, mas bastante prosaico da vida das pessoas e das empresas, contra curiosidade gratuita, acaso malévola, de outros particulares, e sempre até o exato ponto onde alguma forma de interesse público reclame sua justificada prevalência.

E a mesma lei de 31 de dezembro de 1964, sede explícita do sigilo bancário, disciplina no seu artigo 38 exceções, no interesse não só da justiça, mas também no do parlamento e mesmo no de repartições do próprio governo.

Numa reflexão extralegal, observo que a vida financeira das empresas e das pessoas naturais não teria mesmo porque enclausurar-se ao conhecimento da autoridade legítima – não a justiça tão-só –, mas também o parlamento, o Ministério Público, a administração executiva, já que esta última reclama, pela voz da autoridade fiscal, o inteiro conhecimento do patrimônio, dos rendimentos, dos créditos e débitos até mesmo do mais discreto dos contribuintes assalariados. Não sei a que espécie de interesse serviria a mística do sigilo bancário, a menos que se presumam falsos os dados em registro numa dessas duas órbitas, ou em ambas, e por isso não coincidentes o cadastro fiscal e o cadastro bancário das pessoas e empresas.

Não vejo inconstitucionalidade alguma no parágrafo 2º do artigo 8º da Lei Complementar n. 75, cujo texto só faz ampliar, dentro da prerrogativa legítima do legislador, o escopo da exceção já aberta ao sigilo bancário no texto da lei originalmente comum que o disciplinou nos anos 60. E o faz em nome de irrecusável interesse público, adotando um mecanismo operacional que em nada arranha direitos, ou sequer constrange a discricção com que se portam os bancos idôneos e as pessoas de bem.”²²

Yoshiaki Ichihara, antes do advento da Lei Complementar n. 105/2001, apontava para a possibilidade de norma infraconstitucional autorizar a quebra do sigilo bancário, sendo prescindível autorização judicial, desde que fundamentada e presentes os pressupostos desencadeadores.²³

Douglas Yamashita afirmava em 2000:

“Uma lei pode autorizar o sacrifício de sigilo por decisão exclusiva de autoridade administrativa, independentemente de autorização judicial, mas está sujeita a exigências adicionais, além da observância dos princípios da legalidade e da proporcionalidade ou da proibição do excesso.”²⁴

No Tribunal Regional Federal da 3ª Região, há diversos julgados no sentido da compatibilidade vertical dos dispositivos em estudo, os quais pedimos *venia* para transcrever:

“Constitucional e tributário. Mandado de Segurança. Direito à privacidade e à intimidade. Sigilo bancário. Quebra. Irretroatividade da lei. Constitucionalidade.

22. MS 21.429-4/DF.

23. Ives Gandra da Silva Martins (Coord.), *Direitos fundamentais do contribuinte*, cit., p. 501.

24. Idem, *ibidem*, p. 733.

1. O alegado *sigilo* bancário não pode ser interpretado como direito absoluto, desvinculado de outras garantias constitucionais, havendo de compatibilizar-se, pois, com os demais princípios, voltados à consecução do interesse público.

2. É plenamente legítimo que a *autoridade* competente (Fisco), uma vez detectados indícios de falhas, incorreções, omissões, ou de cometimento de ilícito *fiscal*, requisite as informações e os documentos de que necessita para a consecução de seu dever legal de constituir crédito tributário.

3. Não há que se falar em ofensa ao princípio da irretroatividade da lei tributária, porquanto a Lei Complementar n. 105/2001, bem como a Lei n. 10.174/2001, não criaram novas hipóteses de incidência, a albergar fatos econômicos pretéritos, mas apenas dotaram a Administração Tributária de instrumentos legais aptos a promover a agilização e o aperfeiçoamento dos procedimentos fiscais.

4. Precedentes desta Turma.

5. Apelação improvida.”²⁵

“Mandado de Segurança. Constituição Federal, artigo 5º, XII. Sigilo bancário. Lei n. 4.595/64, artigo 38. Lei Complementar n. 105/2001, artigo 1º, parágrafo 3º, artigo 6º, parágrafo único. Procedimento fiscal. Documentação indispensável à investigação fazendária. Sigilo que cede passo para tal efeito. Resguardo dos dados coligidos, artigo 198, CTN. Precedentes STF, STJ.

I. O *sigilo* da correspondência, de comunicações telegráficas, de dados e de comunicações telefônicas está previsto no artigo 5, inciso XII da Carta Política, não se extraindo, da análise do texto, eventual reserva de jurisdição no que tange ao *sigilo* bancário, sequer especificamente mencionado, e previsto no artigo 38 de Lei n. 4.595, de 31.12.1964.

25. TRF-3ª Região – AMS n. 236.767, Processo n. 2001.61.00.022952-5/SP, 6ª Turma, Des. Consuelo Yoshida, v.u., j. 25.9.2002, DJU, de 25.11.2002, p. 603.

II. A questão pertinente ao *sigilo* bancário veio de sofrer alteração com o advento da Lei Complementar n. 105, de 10.1.2001, que ‘dispõe sobre o *sigilo* das operações de instituições financeiras e dá outras providências’, objeto de regulamentação via do Decreto n. 3.724 da mesma data. Presentemente, tem-se que Lei Complementar à Constituição autoriza expressamente (§ 3º, art. 1º e art. 6º) às autoridades fazendárias o acesso aos dados do contribuinte para os fins de identificação e quantificação do encargo fiscal.

III. Impõe-se, na espécie, a exegese harmônica do Texto Constitucional compatibilizando-se o exercício dos direitos consagrados no artigo 5º, XII com a previsão contida no parágrafo 1º, do artigo 145, pertinente a identificação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte para fins de tributação.

IV. A Lei Complementar n. 105, de 10.1.2001, não padece de inconstitucionalidade de qualquer espécie, operando, na verdade, dicção constitucional.

V. Previsão na Lei Complementar de resguardo dos dados colhidos relativamente ao contribuinte (art. 198, CTN e parágrafo único do art. 6º, LC n. 105/2001).

VI. Precedentes (STF – RE n. 219.780/PE, rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.4.1999; STJ – ROMS n. 12.131/RR, rel. Min. José Delgado, *DJU*, de 10/9/01; HD n. 15.753/CE, rel. Min. Felix Fischer, *DJU*, de 20.8.2001; e RESP n. 286.697/MT, rel. Min. Francisco Falcão, *DJU*, de 11.6.2001).

VII. Apelação improvida.”²⁶

26. TRF-3ª Região – AMS n. 235.185, Processo n. 2001.61.04.002694-7/SP, 6ª Turma, Des. Salette Nascimento, v.u., j. 25.9.2002, *DJU*, de 2.12.2002, p. 378. No mesmo sentido: TRF-3ª Região – AI n. 129.757, Processo n. 2001.03.00.012332-0/SP, 6ª Turma j. 13.6.2001, *DJU*, de 12.9.2001, p. 243, rel. Des. Marli Ferreira; MS n. 230.413, Processo n. 2001.03.00.036839-0/SP, 1ª Seção, rel. Des. Suzana Camargo, v.u., j. 7.8.2002, *DJU*, de 12.11.2002, p. 221; AI n. 131.881, Processo n. 2001.03.00.015953-2/SP, 6ª Turma, j. 28.8.2002, *DJU*, de 11.11.2002, p. 367; AI n. 12.974, Proc. n. 2001.03.00.012311-2, rel. Des. Fed. Terezinha Cazerta, *Revista Dialética*

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da mesma forma, concluiu pela constitucionalidade:

“Da mesma forma, a Lei Complementar n. 105/2001 autoriza o acesso da autoridade fiscal aos documentos, livros e registros das instituições financeiras, inclusive as relativas a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso. Portanto, o repasse das informações pela instituição bancária à Receita Federal e sua utilização para fins de fiscalização pelo IR tem amparo legal e não afronta as garantias constitucionais.”²⁷

Para os adeptos desta corrente, a Lei Complementar n. 105/2001 apenas previu instrumento para o exercício do múnus previsto no artigo 145, parágrafo 1º da Lei Maior, sem afronta a qualquer direito fundamental.

4. NOSSO ENTENDIMENTO: CONSTITUCIONALIDADE

Na Constituição Federal de 1988, não há qualquer norma expressa consagrando o direito ao sigilo bancário, que decorre do direito à privacidade:

“É o direito à autonomia pessoal. A Constituição dos Estados Unidos não estabeleceu expressamente o direito à privacidade, mas a Suprema Corte norte-americana vem decidindo reiteradamente que esse direito está subentendido nas ‘zonas de privacidade’, criadas por garantias constitucionais específicas.”²⁸

de *Direito Tributário*, n. 72, p. 204-206; AI n. 133.889, Processo n. 2001.03.00.021253-4, *DJU*, de 9.11.2001, Orig.: 200161000168810/SP, rel. Des. Baptista Pereira, 3ª Turma; Sentença do Juiz Federal José Denílson Branco, MS n. 2002.61.26.012772-1/Santo André; e Sentença do Juiz Federal Roberto Lemos dos Santos Filho, Autos n. 2002.61.04.001928-5, 1ª Vara Justiça Federal, Santos-SP.

27. AI n. 2001.04.01.045127-8/SC, Juiz João Surreaux Chagas, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 72, p. 203-204.

28. Bryab Garner, *Black's law dicionary*, 70. ed., St. Paul: West Group, 2000, p. 1.063.

O sigilo bancário não constitui direito absoluto²⁹. Quiroga Lavié aponta a relatividade dos direitos fundamentais, afirmando que os indivíduos devem operar observando os limites impostos pelo direito.³⁰

Walber de Moura Agra discorre: “Nenhum direito fundamental é absoluto – eles são limitados pelas demais prerrogativas constantes na Constituição e pelas normas infraconstitucionais que delimitam o seu sentido.”³¹

É cediço que direito fundamental “não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas”.³²

Cabe consignar que a Declaração Universal de Direitos Humanos consagra a relatividade dos direitos fundamentais, ao dispor:

“Artigo XXIX - 1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente

29. Neste sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “Constitucional. Sigilo bancário. Quebra. Administradora de cartões de crédito. Constituição Federal, artigo 5º, X. I. Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege – artigo 5º, X – não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sobre o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional.” (STF – RE n. 219.780-5, rel. Min. Celso de Mello); vide, outrossim: AGRPET n. 1.564-5/RJ, rel. Min. Octavio Gallotti, DJU, de 27.8.1999, p. 58. No mesmo diapasão: Sérgio Carlos Covello, O sigilo bancário como proteção à intimidade, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 648/27, 29; Ary Brandão de Oliveira, Considerações acerca do segredo bancário, *Revista de Direito Civil*, 23/114, 119; e Miguel Reale, O sigilo bancário no direito brasileiro, in *Anais do 1º Ciclo de estudos de direito econômico*, São Paulo, IBCB, 1993, p. 139.

30. Quiroga Lavié, *Derecho constitucional*, 3. ed., Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 123.

31. Walber de Moura Agra, *Manual de direito constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 143.

32. Supremo Tribunal Federal, RT 709/418.

com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.”³³

Como bem ressaltou o Desembargador Federal Baptista Pereira:

“Com efeito, até mesmo o direito à vida, que se destaca por ocupar o primeiro lugar dentre os direitos fundamentais expressos no *caput* do Artigo 5º da Constituição, diante da sua superioridade em relação aos demais direitos, não constitui direito absoluto, haja vista a possibilidade de se aplicar pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, inc. XLVII, a, CF/88);”³⁴

Acerca da relatividade do direito à privacidade, impende ressaltar que o Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade da violação da correspondência de sentenciados, sem qualquer afronta ao Texto Supremo:

“A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no artigo 41, parágrafo único da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.”³⁵

33. Fonte: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Biblioteca Virtual, *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <www.pge.sp.gov.br>.

34. TRF-3ª Região – AG n. 133 889, Proc. n. 2001.03.00.021253-4, Orig. n. 200161000168810/SP, 3ª Turma, rel. Des. Fed. Baptista Pereira, *DJU*, de 9.11.2001.

35. STF – HC n. 70.814-SP, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 1º.3.1994, *DJU*, de 26.6.1994, p. 16.649.

Verifica-se que os direitos fundamentais são relativos, cedendo diante da prática de atividade contrária à ordem jurídica, e não podem ser empregados como verdadeiro obstáculo para a prática de ilicitudes, em detrimento do interesse público primário.

Em consonância com o afirmado são os ensinamentos de Walber de Moura Agra:

“Um dos principais vetores para a limitação dos direitos fundamentais é o interesse público, obedecendo ao princípio do bem comum. A utilização excessiva do direito fundamental não pode afrontar os interesses da coletividade, devendo prevalecer uma interpretação no sentido de que o direito não seja obnubilado nem o interesse público seja prejudicado”.³⁶

Antes de adentrarmos na abordagem da questão da constitucionalidade, é necessário lembrar que o Pretório Excelso admite o acesso aos dados bancários por requisição direta:

- da autoridade judicial;³⁷
- da Comissão Parlamentar de Inquérito;³⁸e
- do Ministério Público³⁹, com fundamento no artigo 129, VI, da Constituição Federal⁴⁰, e artigo 8º, incisos II e IV, e parágrafo 2º da Lei

36. Walber de Moura Agra, *Manual de direito constitucional*, cit., p. 143.

37. Pela Justiça Penal e Civil; nesse sentido: STF – 2ª Turma, RE n. 92.377-2/SP, rel. Min. Moreira Alves; e STF – MS n. 2.172, 1ª Turma, rel. Min. Nelson Hungria.

38. “Comissão Parlamentar de Inquérito. Garantia constitucional da intimidade. Sigilo bancário. Possibilidade de sua quebra. Caráter relativo desse direito individual.” (STF – MS n. 23.669-DF (Medida Liminar), rel. Min. Celso de Mello, *Informativo* 185).

39. “A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público – artigo 129, incisos VI, VIII da Constituição Federal e artigo 8º, incisos II e IV, e parágrafo 2º da Lei Complementar n. 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, *ut* artigo 37 da Constituição.” (STF – MS n. 21729/DF, Tribunal Pleno, j. 5.10.1995, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU*, de 19.10.2001, p. 33, *Ement v.* 2.048-01, p. 67).

40. Constituição Federal, “Artigo 129 - São funções institucionais do Ministério Público: (...) VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;”

Complementar n. 75/93⁴¹, nos casos em que envolvam dinheiro ou verbas públicas. Precitadas normas são de aplicação subsidiária aos Ministérios Públicos dos Estados, nos termos do artigo 80 da Lei n. 8.625/93.⁴²

Vale consignar a opinião de José Celso de Mello Filho, no sentido da possibilidade de o Tribunal de Contas requisitar informações sigilosas⁴³, dentre elas as bancárias. Em sentido contrário é a posição de Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Hovarth⁴⁴. Para eles, somente o Poder Judiciário poderá requisitar tais informações, nunca entes administrativos.

Registre-se, por oportuno, que em todas as hipóteses a requisição deverá ser fundamentada⁴⁵, sob pena de nulidade.

-
41. Lei Complementar n. 75/93: "Artigo 8º - Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: (...) II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; (...) IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas; (...) VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; (...) § 2º - Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido."
42. Lei n. 8.625/93: "Artigo 80 - Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União."
43. José Celso de Mello Filho, *Constituição Federal anotada*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 238.
44. Regis Fernandes de Oliveira; Estevão Hovarth, *Manual de direito financeiro*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.
45. Quanto ao Poder Judiciário, a Constituição Federal prevê no: "Artigo 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes". Sobre a Comissão Parlamentar de Inquérito, já decidiu o Pretório Excelso: "Ementa: Mandado de Segurança. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico. Falta de fundamentação. Nulidade do ato impugnado. Precedentes. 1. Se não fundamentado, nulo é o ato da Comissão Parlamentar de Inquérito que determina a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico. 2. Meras ilações e conjecturas, destituídas de qualquer evidencia material, não têm o condão de justificar a ruptura das garantias constitucionais preconizadas no artigo 5º, X e XII da Constituição Federal. Segurança concedida." (MS n. 24.029/DF, j. 3.11.2002, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU*, de 22.3.2002, p. 32, Ement v. 62-02, p. 298); no mesmo diapasão: MS n. 23.452, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 19.10.1999. O Ministério Público deve fundamentar suas manifestações, nos termos do artigo 129, VIII, da Constituição Federal; vide, outrossim, *RT* 559/273, e 566/359, acerca do assunto.

Entendemos que o sigilo bancário não está sujeito à reserva de jurisdição, ante a ausência de norma expressa no Texto Maior nesse sentido.

O postulado constitucional da reserva de jurisdição é um tema ainda pendente de definição pelo Supremo Tribunal Federal. Este, quando tratou do assunto, não mencionou o sigilo bancário:

“A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outro órgão ou autoridades do Estado. Doutrina.

O princípio constitucional da reserva de jurisdição, embora reconhecido por cinco juízes do Supremo Tribunal Federal – Min. Celso de Mello (Relator), Min. Marco Aurélio, Min. Sepúlveda Perence, Min. Néri da Silveira e Min. Carlos Velloso (Presidente) – não foi objeto de consideração por parte dos demais eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, que entenderam suficiente para efeito de concessão do *writ* mandamental a falta de motivação do ato impugnado.”⁴⁶

Canotilho denomina o princípio da reserva absoluta de jurisdição de “monopólio da primeira palavra”, aplicável “quando em certos litígios, compete ao juiz não só a última e decisiva palavra mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações

46. STF – MS n. 23.452-RJ.

jurídicas”⁴⁷, sendo tal princípio aplicável à privação de liberdade nos artigos 27º/2, e 28º/1, da Constituição portuguesa.

Ora, não se pode admitir que o titular de competências tributárias tenha de requerer ao Poder Judiciário (então detentor do “monopólio da primeira palavra”), autorização para ter acesso a dados bancários, para, somente após, poder apurar se determinado contribuinte praticou ou não o fato imponible. Tal situação inviabiliza o exercício da arrecadação tributária.

Em matéria de sigilo bancário, o Poder Judiciário detém o “monopólio da última palavra”⁴⁸, não da primeira palavra, também chamada reserva absoluta de jurisdição.

Vale lembrar que há mandamento constitucional expresse autorizando o legislador a prever a possibilidade de a administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas, conforme dispõe o artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal:

“§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

Em recente estudo sobre o assunto, Deise Mendroni de Menezes pondera:

“A função fiscalizadora encontra embasamento constitucional, ainda no artigo 145, parágrafo 1º, que positiva o princípio da

47. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 653.

48. Sobre o monopólio da última palavra, vide J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 652.

capacidade contributiva conforme o qual os impostos, sempre que possível, devem ter caráter pessoal e ser graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. O advérbio especialmente significa ‘de modo especial’, particularmente, principalmente, nomeadamente.’⁴⁹

Mencionado artigo deverá ser interpretado em consonância com o princípio da “interpretação efetiva”, ou princípio da “máxima efetividade”: “A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.”⁵⁰

O acesso às informações bancárias constitui condição imprescindível para a administração tributária apurar o *an* e *quantum debeat*:

“A investigação se constitui em uma premissa da ação fiscal, uma fase procedimental preliminar, que encontra seu fundamento na própria Carta Política, artigo 145, parágrafo 1º, como um momento anterior ao lançamento tributário, em que são feitas verificações no intuito de conferir e comprovar as informações prestadas espontaneamente pelos contribuintes ao Fisco e onde se buscam subsídios para apurar irregularidades e formar o conjunto de provas necessárias à elucidação e demonstração da prática de enriquecimento ilícito, sonegações, infrações ou crimes tributários, as quais poderão vir, em momento oportuno, ser contraposto.

À autoridade fiscal, muito mais do que um ônus ou um poder, incumbe o dever-poder vinculado à lei de investigar, diligenciar,

49. Deise Mendroni de Menezes, *A quebra do sigilo bancário: aspectos tributários*, dissertação de Mestrado PUC-SP, 2002.

50. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 1.187.

demonstrar e provar a ocorrência do fato jurídico tributário, não sendo cabível a ela discutir ou escolher lançar, ou não lançar.⁵¹

Para cumprir fielmente a competência privativa e vinculada à lei, as autoridades fiscais detêm poderes indeclináveis plenos, que alcançam a possibilidade de elas examinarem quaisquer livros, registros ou documentos referentes a operações ou transações que possam implicar a ocorrência de fatos que estejam submetidos à incidência de tributos, não lhes sendo aplicáveis quaisquer restrições impeditivas do exercício das suas atividades.”⁵²

Na interpretação do artigo 145, parágrafo 1º da Lei Fundamental, é aplicável a lição de Carlos Maximiliano: “Interpretem-se as disposições de modo que não pareça haver palavras supérfluas e sem força operativa.”⁵³

Em alguns tributos, somente após o acesso às informações bancárias do contribuinte é que o Fisco poderá identificar o seu patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas, atendendo ao mandamento constitucional do artigo 145, parágrafo 1º da Constituição Federal, o qual não poderá ser afastado, já que se trata de norma constitucional originária.

Na interpretação existem limites lógicos, “não se admitindo que o julgador se substitua ao legislador, fugindo da literalidade da lei.”⁵⁴

Concordamos com André Ramos Tavares: “O magistrado (seja um ministro, um desembargador ou um juiz) tem limitado seu campo ao preceito legal. Não pode ir além dele.”⁵⁵

51. Nesse mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho, para quem: “É uma imposição inafastável do exercício do dever-poder que a lei atribui aos agentes da Administração Tributária e se reflete num desdobramento do princípio da supremacia do interesse público ao do particular.” *Curso de direito tributário*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 363.

52. Deise Mendroni de Menezes, *A quebra do sigilo bancário: aspectos tributários*, cit.

53. Carlos Maximiliano *Hermenêutica e aplicação do direito*, 7. ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1961, p. 312.

54. André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 227. J. J. Gomes Canotilho recomenda que tal interpretação deverá ser afastada quando “em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta.” (*Direito constitucional*, cit., p. 1.190.

55. André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 237.

O Ministro Carlos Velloso, do Pretório Excelso, interpretando a norma constitucional em testilha, entendeu que:

“A questão, portanto, da quebra do sigilo, resolve-se com a observância de normas infraconstitucionais, com respeito ao princípio da razoabilidade e que estabeleceriam o procedimento ou o devido processo legal para a quebra do sigilo bancário.

A questão, portanto, não seria puramente constitucional. A quebra do sigilo bancário faz-se com observância, repito, de normas infraconstitucionais, que subordinam-se ao preceito constitucional.

(...)

Na verdade, a Constituição, no artigo 145, parágrafo 1º, estabelece que é ‘facultativo à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes’.

Está-se a ver, da leitura do dispositivo constitucional, que a faculdade concedida ao Fisco, pela Constituição, exerce-se com respeito aos ‘direitos individuais e nos termos da lei’.

Tem-se, novamente, questão infraconstitucional que deveria ser examinada, o que inviabiliza o recurso extraordinário.”⁵⁶

Há precedente do Tribunal Federal de Recursos favorável à tese ora sustentada:

“Sigilo bancário. Informações destinadas à Divisão do Imposto sobre a Renda. O sigilo bancário só tem sentido enquanto protege o contribuinte contra o perigo da divulgação ao público, nunca quando a divulgação é para o fiscal do imposto de renda que, sob

56. STF – RE n. 219.780/PE, DJU, de 10.9.1999, p. 23.

pena de responsabilidade, jamais poderá transmitir o que lhe foi dado a conhecer. (...) O sigilo bancário tem por finalidade a proteção contra a divulgação ao público dos negócios do banco, ou dos negócios dos seus clientes. Na espécie incorre isso, visto que os Agentes Fiscais do Imposto de Renda são, *ex vi legis* (art. 201, Dec. n. 47.373/59), obrigados ao sigilo, sendo-lhes defeso, pena de responsabilidade, divulgar conhecimento obtido via de investigação como, aliás, salienta o Egrégio Tribunal *a quo*.”

Concluindo:

“Não há perigo de devassa ou quebra de sigilo bancário, porquanto, como assinala o parecer, os Agentes Fiscais do Imposto de Renda são obrigados ao sigilo (art. 201-D. n. 47.373/59), sob pena de responsabilidade.”⁵⁷

No mesmo sentido é o entendimento do Desembargador Federal Baptista Pereira:

“Ademais, a própria Constituição Federal, em seu artigo 145, parágrafo 1º, confere à administração tributária o poder-dever de identificar, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte; e o artigo 149, do CTN, por sua vez, outorga à administração o poder de revisar o lançamento quando, por exemplo, houver falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento de declaração obrigatória, desde que, é claro, não tenha se verificado ainda o prazo prescricional para a Fazenda Pública.”⁵⁸

Yoshiaki Ichihara apresenta relevante argumento:

“A resistência à quebra do sigilo bancário, na maioria das vezes, parte de pessoas cuja divulgação da movimentação bancária

57. RMS n. 15.925-GB, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, *DJU*, de 24.6.1966.

58. TRF-3ª Região – AG n. 133 889, Proc. n. 2001.03.00.021253-4, Orig. n. 200161000168810/SP, 3ª Turma, rel. Des. Fed. Baptista Pereira, *DJU*, de 9.11.2001.

resulta na comprovação da eventual investigação suspeita. Com efeito, se o sistema protege o indivíduo não o obrigando a confessar, a trazer elementos que o levem à condenação, para tanto permitindo até mentir, presentes os pressupostos, não pode o sistema proteger o indivíduo contra a coletividade e o interesse público, prestigiando o criminoso, o sonegador ou aquele que praticou o ato ilegal.”⁵⁹

Ademais, somente se permite o acesso aos dados bancários, caso exista processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tal exame seja considerado indispensável pela autoridade administrativa competente⁶⁰, observando-se, incondicionalmente, o princípio da ampla defesa e do contraditório⁶¹, aplicáveis aos procedimentos administrativos⁶², sendo que tal decisão é passível de controle jurisdicional, que apreciará a razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto.

Convém salientar que a autoridade fiscal deverá guardar sigilo sobre os dados obtidos após o acesso às informações bancárias, conforme preceitua o artigo 5º, parágrafo 5º⁶³ da Lei Complementar n. 105/2001, “mantendo-se, assim, a segurança jurídica”⁶⁴, sob pena de responsabilidade no âmbito civil⁶⁵, penal⁶⁶ e administrativo.⁶⁷

59. Ives Gandra da Silva Martins (coord.), *Direitos fundamentais do contribuinte*, cit., p. 501.

60. Lei Complementar n. 105/2001: “Artigo 6º - As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.”

61. Artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

62. Conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 8. ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 402. No mesmo sentido: *RTJ* 83/385; *RJTJSP* 14/219.

63. Lei Complementar n. 105/2001, artigo 5º, § 5º: “As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor”.

64. TRF-3ª Região – AG n. 133 889, Proc. n. 2001.03.00.021253-4, Orig. n. 200161000168810/SP, 3ª Turma, rel. Des. Fed. Baptista Pereira, *DJU*, de 9.11.2001.

65. Lei Complementar n. 105/2001: “Artigo 11 - O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.”

66. Código Penal: “Violação de sigilo funcional, artigo 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.”

67. Sobre os servidores da União, dispõe o artigo 116, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990: “São deveres do servidor: (...) VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição.”

Ao argumento de que o Fisco é parte na relação jurídica tributária, não se caracterizando como um órgão equidistante⁶⁸, contrapomos que é aplicável nesta relação o princípio constitucional da impessoalidade⁶⁹. Em poucas palavras, a autoridade fiscal, nos tempos atuais, representa o interesse público primário⁷⁰; o Fisco é um dos sujeitos da relação jurídica, mas um sujeito impessoal, isto é, que deve agir independente de qualquer circunstância ou particularidade do caso, não podendo atuar prejudicando ou beneficiando determinadas pessoas.⁷¹

O princípio da prevalência da norma mais favorável à vítima⁷² é inaplicável, considerando-se que não há conflito de normas, pelo contrário, a Lei Complementar atende aos mandamentos do artigo 145, parágrafo 1º da Constituição Federal.

Segundo o princípio da unidade⁷³: “As normas constitucionais devem sempre ser consideradas como coesas e mutuamente imbricadas.

68. Empregado pelos cultos Miguel Reale, Ives Gandra Martins e Ministro Marco Aurélio de Mello.

69. Constituição Federal, artigo 37, *caput*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

70. Renato Alessi apresenta a divisão do interesse público entre primário e secundário (*Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, p. 197-198). O interesse público primário é o interesse da coletividade, pode ser identificado com o interesse da sociedade, é o interesse do bem geral, ou da observância da ordem jurídica a título de bem tratar o interesse da coletividade. Já o interesse público secundário é aquele do Estado enquanto administração, ou seja, o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público. Nem sempre o primeiro coincide com o segundo. Caso haja incompatibilidade entre eles os interesses públicos secundários não são atendíveis, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, sob pena da Administração Pública trair sua missão própria razão de existir. (*Curso de direito administrativo*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 22).

71. Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito administrativo*, cit., p. 64.

72. Havendo incompatibilidade aparente entre dois direitos humanos fundamentais, aplica-se o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima, “Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito”, conforme lição de Flávia Piovesan (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 42).

73. J. J. Gomes Canotilho emprega a expressão princípios de interpretação da Constituição para tratar do que Celso Bastos denomina postulados, acrescentando que trata-se de “um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional.” (*Direito constitucional*, cit., p. 1.186). Consoante lição do mestre Celso Ribeiro Bastos, os postulados “são pressupostos para uma válida interpretação.” (*Hermenêutica e interpretação constitucional*, cit., p. 89). São referidos princípios ou postulados, portanto, de aplicação cogente na interpretação constitucional.

Não se poderá jamais tomar determinada norma isoladamente, como suficiente em si mesma.”⁷⁴

J. J. Gomes Canotilho leciona:

“O princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade (...). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.”⁷⁵

Não há qualquer vedação constitucional⁷⁶, explícita ou implícita, ao acesso aos dados bancários por parte da autoridade fiscal, pelo contrário, há norma constitucional expressa: o artigo 145, parágrafo 1º do Texto Fundamental, que constitui o fundamento de validade das normas da Lei Complementar n. 105/2001, as quais prevêm o acesso aos dados bancários pela autoridade administrativa que, observando os requisitos legais supracitados, deverá exercer seu mister, respeitando, sempre, os princípios da razoabilidade⁷⁷ e proporcionalidade que decorrem do princípio do devido processo legal em sentido material.⁷⁸

74. Celso Ribeiro Bastos, op. cit., p. 103.

75. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 1.187.

76. No dizer sempre expressivo de Carlos Maximiliano: “Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente.” (*Hermenêutica e aplicação do direito*, cit., p. 306-307). Acrescentando o iluminado jurista sobre a regra de hermenêutica: “Cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas.” (idem, ibidem, p. 306).

77. Consoante decidiu o STF: “A questão, portanto, da quebra do sigilo, resolve-se com a observância de normas infraconstitucionais, com respeito ao princípio da razoabilidade e que estabeleceriam o procedimento ou o devido processo legal para a quebra do sigilo bancário.” (STF – RE n. 219.780/PE, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU*, de 10.9.1999, p. 23).

78. André L. Borges Netto afirma: “Duas são as facetas do devido processo legal, a adjetiva (que garante aos cidadãos um processo justo e que se configura como um direito negativo, porque o conceito dele extraído apenas limita a conduta do governo quando este atua no sentido de restringir a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos) e a substantiva (que, mediante autorização da Constituição, indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade de leis ou de atos governamentais na hipótese de

Concordamos com o Pretório Excelso: “O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas.”⁷⁹

Em suma, o sigilo bancário não se revela oponível, em nosso ordenamento constitucional, à autoridade fiscal, já que a Constituição Federal, no artigo 145, parágrafo 1º, outorgou-lhe o dever de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A possibilidade de a autoridade tributária requisitar os dados bancários visa a conferir efetividade ao caráter pessoal dos impostos e à capacidade contributiva do contribuinte, desde que sejam respeitados os requisitos anteriormente abordados. Eventual excesso ou desvio encetado pela autoridade fiscal, sempre será passível de controle jurisdicional, em caso de violação a norma constitucional ou legal, via mandado de segurança.

os mesmos serem arbitrários, tudo como forma de limitar a conduta daqueles agentes públicos). O entendimento atual do devido processo legal substantivo permite o controle de atos normativos disciplinadores de atividades individuais até mesmo ‘não econômicas’. Este princípio, em sua concepção substantiva, é fonte inesgotável de criatividade hermenêutica, transformando-se numa mistura entre os princípios da ‘legalidade’ e ‘razoabilidade’ para o controle dos atos editados pelo Executivo e pelo Legislativo.” (A razoabilidade constitucional: o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos, *Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto*, n. 12, maio 2000, extraído do site: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_12/razoab_const.htm>. A Constituição Federal, inciso LIV do art. 5º, dispõe: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O Supremo Tribunal Federal tem aplicado o devido processo legal em sentido material ou substancial: ADIN ns. 1408/DF, 15.2.1996; 1.358-DF, rel. Min. Sydney Sanches, 7.12.1995; 1.158/AM, rel. Min. Celso de Mello, 19.12.1994; 1.407/DF; 1.479/RS; SS n. 1.320/DF, rel. Min. Celso de Mello, 14.4.1999; HC n. 77.003/PE; tendo inclusive declarado lei inconstitucional por violar o princípio citado “na concessão de vantagem pecuniária cuja razão de ser se mostre absolutamente destituída de causa, como a outorga de adicional de férias a inativo”, conforme lembra José Adércio Leite Sampaio, na excelente obra: *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 827, citando o julgado: do STF – ADIN – Medida cautelar n. 1.158/AM, rel. Ministro Celso de Mello, *RTJ* v. 160, t. 1, p. 141-145, bem como diversos outros sobre o assunto.

79. STF – MS n. 21729/DF, Tribunal Pleno, j. 5.10.1995, rel. Min. Marco Aurélio, *DJU*, de 19.10.2001, p. 33, *Ement.* v. 2048-01, p. 67.

A PRISÃO DO INFIEL DEPOSITÁRIO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS – BREVE CRÔNICA DE UMA CLARA INCOMPATIBILIDADE

Wagner Giron De La Torre¹

“Sabe, Sancho, todas essas borrascas que nos sucedem são sinais de que breve há de serenar o tempo e hão de correr-nos bem as coisas, porque não é possível que o mal e o bem sejam duráveis; donde se segue que, havendo durado muito o mal, o bem está próximo.” (Cervantes)

1. Procurador do Estado que atua na Procuradoria de Assistência Judiciária de Taubaté.

1. Dos entulhos do regime militar ainda perdura entre nós – com absurda condescendência de parte significativa do sistema judiciário pátrio – o arcaico Decreto-Lei n. 911/69, forjado que foi sob a égide do AI-5, artifício normativo que, nos sóbrios dizeres de José Damiano de Lima Trindade, consolidou-se como “o mais infame texto jurídico de nossa história”.²

Por pura ficção do engenho jurídico a serviço do autoritarismo então vigente, esse obscuro diploma normativo, concebido no franco intento de servir como instrumento de satisfação aos interesses das instituições financeiras, bem como a entes públicos enquanto credores fiduciários³, em seu artigo 1º transmitiu ao credor de atos negociais guarnecidos com a cláusula inerente à alienação fiduciária o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel assim alienada, impondo ao desavisado consumidor, independentemente da efetiva tradição do bem, a rarefeita condição de possuidor direto do objeto do financiamento acrescida dos encargos afetos à figura de fiel depositário de um produto que, a princípio, teve ele, consumidor, o ânimo único de simplesmente adquirir, jamais de resguardá-lo para oportuna devolução ao alienante.

Foi assim que o arbítrio militar revivesceu em prol da plutocracia nacional a até então esquecida figura da prisão civil por dívida dissociada da obrigação alimentar, remodelando nosso ordenamento jurídico com o espírito informador do antigo processo civil romano, onde, nos conta Cândido Rangel Dinamarco, era “prevalente o valor de pertinência entre o patrimônio a uma pessoa, muito maior do que o voltado à pessoa em si”⁴, revigorando modalidade penitencial vedada entre nós desde o Brasil Colônia.⁵

2. Considerações sobre o cinismo, *Jornal da Associação Juizes para a Democracia*, n. 15, out./dez. 1998, p. 6.

3. Sobre a possibilidade de caracterização de entidades públicas como credoras fiduciárias, veja-se comentário de Theotônio Negrão, em nota 5 ao artigo 5º do Decreto-Lei n. 911/69. (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 30. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 990).

4. Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 32.

5. Notícia Antonio Carlos Malheiros que a prisão civil era aqui proibida desde a edição de uma lei datada de 20 de junho de 1774. (A prisão civil e os tratados internacionais, *Revista Especial do*

Resulta desde aqui prenunciado que essas concepções repressivas urdidas pelos caudatários da classe dominante implicam retrocesso histórico, a contar mais de dois séculos e, apesar de aparentemente convalidada pela parte final do preceito contido no artigo 5º, LXVII da Constituição Federal, a prisão civil decorrente de simples dívida de valor se afigura patentemente infundada, além de visivelmente inconstitucional, fato que se tentará demonstrar ao longo deste escrito, porque sobre tal tema assentasse o seu primacial objeto.

A infixidez dessa modalidade de prisão começa a se anunciar a partir do incontestável fato de que, em meio ao liame negocial onde costumadamente se emprega o comentado artifício afeto à alienação com garantia fiduciária, não se pode, por maior esforço interpretativo que para tanto se empreenda, detectar condições jurídicas que indiquem a existência, nessas operações mercantis, da figura do fiel depositário.

Realmente, o chamado devedor fiduciante (na realidade consumidor) simplesmente adquire um bem, objeto de seus anseios consumeristas, tão-só impelido pelo singelo ânimo de adquiri-lo, nada mais.

Diante dos nítidos contornos que informam essa espécie de relação – que se caracteriza inequivocamente como vítrea relação de consumo – ao consumidor jamais transparece o ideal de atuar como “depositário” do bem adquirido, e tampouco os agentes ou representantes do ente fiduciário isso lhe esclarecem, visto que, repise-se, àquele só anima um único e exclusivo objetivo: adquirir um bem como verdadeiro e definitivo proprietário. Não como “possuidor direto” ou muito menos como “depositário fiel”, situações jurídicas inexistentes no campo volitivo do adquirente, posto que produto direto, como visto, da obra de ficção forjada no texto do Decreto n. 911/69, já tantas vezes referido.

TRF-3ª Região sobre o Seminário “Incorporação dos Pactos Internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro”, São Paulo, p. 49, 1997).

Para que haja a configuração dos encargos imanescentes à figura do depositário, tanto o ordenamento material civil anterior (art. 1.265) como o atual (art. 627) em redação idêntica, aliás, exigem a expressa consciência da obrigação de devolver o bem móvel dado em depósito, desde que o depositante o reclame, consciência e obrigação essas absolutamente não reproduzidas em meio ao liame de alienação fiduciária em garantia.

Ainda a respaldar as argumentações acerca da inexistência da obrigação de depósito nos encargos contratuais em questão, estipula o parágrafo 4º do artigo 1º do Decreto-Lei n. 911/69 ser dever do credor a entrega ao devedor do saldo remanescente à eventual revenda do bem apreendido.

Caso houvesse efetivamente o encargo do depósito entre os contratantes, jamais haveria a hipótese de ocorrer essa restituição, vez que o bem, às escâncaras, seria, então, integralmente do domínio do credor, inexistindo obrigação de restituir o saldo remanescente a quem quer que seja, em especial ao pretenso depositário.⁶

Ressumando clara a inexistência do depósito, não há como se decretar a prisão civil prevista no artigo 652 do novel Código Civil (antes art. 1.287 do CC revogado), mesmo que no afã de se atender aos sacros interesses das instituições financeiras.

Porém, e sem embargo desse arrazoado, que aqui foi exposto superficialmente e para fins meramente argumentativos, o objeto primordial deste relato, como já se assinalou desde seu título, reside na impossibilidade da prisão do nominado depositário infiel, em face dos preceitos embutidos em tratados internacionais de direitos humanos subscritos por este país, os quais, diante dos instrumentos de incorporação encravados em meio ao texto constitucional, há muito revogaram os dispositivos

6. Nesse contexto, denotando as constantes controvérsias jurídicas que demarcam o tema e indicam que tais cláusulas fiduciárias não levam à caracterização do depósito, confirmaram-se os votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, no HC n. 72183-4/SP, j. 23.2.1996 e RE n. 234.483-8/SP, respectivamente.

infraconstitucionais acima referidos, que permitiam, em caráter abstrato, a prisão do infiel depositário, muito embora segmento significativo do sistema judiciário pátrio, em especial a mais graduada Corte de Justiça deste país⁷, que deveria primar pela prevalência dos direitos que servem como esteio à dignidade humana, insista em recusar vigência a esses pactos internacionais, tão-só no desígnio de fazer preponderar os mecanismos de realização aos imperativos econômicos aqui já alinhavados, mesmo que assentados em aparato normativo frutificado do mais pérfido período ditatorial vivido em data recente.

Mesmo diante de tão excelsas decisões em contrário, aproveitando do senso de estarmos, ainda, a viver em uma democracia formal, onde se avizinha, no bojo do projeto de reforma do Judiciário, a concretização do nefasto ideário inerente à súmula vinculante (o mais novo anseio de nossas elites), e aproveitando o tempo antecedente a seu lastimável advento, vamos seguindo a senda traçada pelos desígnios prometidos desde o início deste pequeno escrito.

Pois, enquanto as vinculantes súmulas ainda não estão a vigor, se é possível tentar fortalecer os lastros desta nossa prometida democracia através do debate, criticando, se necessário, as comentadas decisões judiciais, tal qual proposto pelas insuperáveis palavras de José Saramago, ao enunciar que “também a sentença que antes parecera imutável para todo o sempre oferece subitamente outra interpretação, a possibilidade duma contração latente, a evidência do seu erro próprio”.⁸

2. Já atingidos os primórdios do terceiro milênio, não se pode conceber que pessoas, via de regra hipossuficientes, sejam relegadas muitas vezes à clandestinidade para evitarem prisões tão-só porque, em função de

7. Cf. HC n. 72.131, j. 22.11.1995, onde o Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, reiterou a possibilidade da inconstitucional prisão do “depositário infiel”, subscritor de contrato com cláusula de alienação fiduciária, mesmo ante os claros dizeres do Tratado de San José da Costa Rica. Ainda nesse sentido: STF – RE n. 330.478-0/DF, 1ª T., j. 9.4.2002; STF – HC n. 721183/SP, 2ª T., j. 23.2.1996, dentre outros arestos.

8. José Saramago, *História do cerco de Lisboa*, São Paulo: Cia. das Letras, 2002, p. 26.

restritiva e excludente política econômica hoje preponderante, tenham sido relegadas à insolvência e não possam, destarte, honrar com os sacrossantos créditos titularizados pelas superprotegidas instituições financeiras.

Não é possível, em suma, que os interesses creditícios bradados pelas entidades econômicas sejam tão valorizados pelo Poder Público, a ponto de primar não só sobre a liberdade, como, lastimavelmente, sobre a dignidade das pessoas, engendrando-se parafernália jurídica, como o comentado Decreto-Lei n. 911/69, para reduzir a máquina estatal a mero instrumento a serviço da realização daqueles interesses.

Nunca antes veio tão bem a calhar o preciso pensamento desenvolvido por Engels a respeito das origens do Estado, quando enfatizou que “a força coesiva da sociedade civilizada constituiu o Estado, que, em todos os períodos típicos da história, foi exclusivamente o Estado da classe dominante e, em todos os casos, uma máquina essencialmente destinada a reprimir a classe oprimida e explorada”.⁹

Justamente para se pôr termo e limites à hipertrofia do poder e arbítrio do Estado, quando utilizado para guarnecer interesses de uma minoria ocasional, foi que as nações ditas “livres e civilizadas”, reunidas em assembléia, logo após o término dos genocídicos eventos defluentes da 2ª grande conflagração mundial, proclamaram o que se nominou como Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰, prometendo – dentre inúmeras garantias de certo ponto singelas e óbvias, mas que por assim serem nem sempre são cumpridas – a de que toda pessoa – seja rica ou pobre – tem o direito à liberdade e proteção à sua dignidade (art. 1º), e detém também o direito de não ser submetida a tratamento desumano ou degradante (art. 5º).

9. Friedrich Engels, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, Rio de Janeiro: Progresso, 1989, (Obras escolhidas Marx e Engels). Ainda nesse sentido, a antológica obra: Eugeny Bronislanovich Pasukanis, *A teoria geral do direito e o marxismo*, tradução de Paulo Bessa, Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 15.

10. Adotada e proclamada pela Assembléia das Nações Unidas em 10.12.1948, e assinada pelo Brasil na mesma data.

Por influxo dessa primeira conclamação, os Estados pactuantes, objetivando regulamentar e melhor normatizar toda essa messe de direitos, elaboraram inúmeros outros tratados internacionais, que procuram atribuir condição mínima e suportável de vida à pessoa humana, como, por exemplo, o incorporado pela *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*, de 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, e introduzida no âmbito do direito interno por força do Decreto n. 678/92.

Esse instrumento legal, para o que aqui interessa, preceitua em seu artigo 7º que “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Tal comando, aliás, já havia sido incorporado em tratado precedente, urdido em 1966 e denominado *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, que de maneira bem mais ampla difundiu, em seu artigo 11, a seguinte garantia: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

À semelhança do anterior, esse pacto teve a vigência introduzida em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.

É fácil inferir que tais tratados vedam a prisão por dívidas, excetando-se, pelo caráter humanitário que lhe inspira, a decorrente de débito alimentar.

No mais, eles tendem a imprimir contornos de civilidade no âmbito dos Estados pactuantes, para impedir, conforme antes assinalado, que os direitos básicos de liberdade e dignidade do ser humano sejam suprimidos, tão-só para satisfazer interesses de corporações econômicas, evitando que o próprio Estado sirva como instrumento de consecução desses interesses.

Mas, infelizmente, como dito, esses tratados não vêm encontrando o esperado cumprimento por parte preponderante daqueles que, por dever de ofício e de judicatura, deveriam, teoricamente, velar intransigentemente pela concretidade dos princípios constitucionais, que revestem as disposições encontradas nesses pactos com roupagem de normas de ordem constitucional, não menos que isso, tornando sempre presente a indagação lembrada por Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, quando defrontado com o que chamou de estelionato internacional praticado pelo Brasil, face ao dilema: o que fazer, então, com um tratado internacional?

“Será que as aulas de Direito Internacional Público têm alguma validade, ou apenas representam uma espécie de respiro acadêmico entre uma aula de Processo Civil e outra de Processo Penal, essas sim, consideradas por qualquer estudante como pedras angulares da formação acadêmica?”¹¹

E os argumentos utilizados para justificar a perpetuação do *status quo*, autorizar o descumprimento dos acordos internacionalmente assumidos pelo país, e persistir na consolidação da preponderância dos imperativos econômicos sobre o real sentido do justo vão desde a alusão à soberania interna do Brasil, que não pode ser aviltada por disposições difundidas em tratados internacionais, em contraposição aos ditames de seu direito interno¹², até a empobrecida tese de que os pactos internacionais, por ostentarem o feitio de simples normas ordinárias, não teriam como afastar a vigência do ordenamento infraconstitucional já consolidado, dado que os tratados regulam matérias de âmbito genérico, não podendo revogar a precedente regulamentação normativa, de caráter especial.¹³

11. Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, Normas internacionais de direitos humanos e jurisdição nacional, *Revista Especial do TRF-3ª Região*, sobre Seminário “Incorporação dos Pactos Internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro”, São Paulo, p. 28, 1997.

12. Veja-se, nesse sentido: STF – HC n. 73.044/SP, 2ª T., rel. Min. Maurício Correa, *DJU*, de 20.9.1996.

13. Cf. Paulo de Tarso Neri; Alexandre Cassettari; Altieri Pinto Rios Jr.; Frederico Bendzius, Prisão de depositário infiel: constitucionalidade, *Boletim do Centro de Estudos*, São Paulo, PGE-SP, v. 22, n. 2, p. 87, mar./abr. 1998.

Apesar do conservadorismo reinante na maior parte daqueles que compõem o sistema jurisdicional pátrio, podemos aqui repisar que, do confronto do que no corpo constitucional vem escrito, a dignidade da pessoa humana – em que pesem as enormes barreiras e adversidades outras impostas por aquele já anotado conservadorismo – continua sendo o aporte primacial dos atos e decisões que deveriam nortear esta nossa República, ainda que, como visto, esse singelo mandamento se mostre tão difícil de ser cumprido.

Ela – a dignidade humana – vem predisposta em meio à ordem constitucional vigente como um dos fundamentos básicos desta República, que deveria, frente à locução estampada no artigo 1º, III da Carta Política que lhe lastreia, se manifestar como um Estado Democrático de Direito, e não outra coisa onde o princípio afeto à prevalência daqueles valores não encontrasse vigência, ressumando sempre e sempre subalterno a interesses outros, como, *v.g.*, os de ordem econômica, política, governamental, enfim.¹⁴

Isso ressuma tão claro do texto constitucional que o subsequente artigo 5º, em seu parágrafo 2º, dita, de maneira palmar, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados – note-se aqui a referência à terminologia “princípios” – ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

14. Sobre o papel que o Judiciário deveria efetivamente assumir e desempenhar em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, pontifica Lenio Luiz Streck que “por tudo isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário”, que passa a ser o centro, assim, do foco de tensão. “Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”. (*Hermenêutica jurídica em crise*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 44).

A dogmática constitucional encontra desfecho, no raciocínio que se tenta desenvolver neste modesto escrito, no segmento imperativo contido no precedente parágrafo 1º do mesmo artigo 5º que, com todas as letras, dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Destarte, ao contrário do entendimento esposado nas excelsas decisões contrárias ao que aqui se procura sustentar, bem como nos anacrônicos excertos doutrinários que lhes servem de parâmetro, as disposições constitucionais e supraconstitucionais que procuram outorgar base mínima para a salvaguarda do princípio republicano afeto à preservação da dignidade humana não se afeiçoam como meros cadernos de boas intenções, desses que não extrapolam jamais o letargo característico das inutilidades jurídicas concebidas neste país.

Não.

Por força e obra do ideário constitucional, tais preceitos, principalmente os encontrados em tratados internacionais de direitos humanos, ingressam no âmbito jurídico interno revestidos de aplicabilidade imediata, mercê do claro mandamento político acima transcrito e lembrado, com foros de normas de natureza constitucional.

Guardando a devida reverência aos reducionistas julgados elencados ao longo deste relato, e a fim de abrir condições para a necessária crítica de seus teores, ficamos com as lembranças do constitucionalista Gustavo Binbenjimin que, em meio a lúcidas observações, pondera que “costuma-se repetir, de forma até mecânica, que ‘decisão judicial não se critica, apenas se cumpre’. Tal frase, em sua despreensão, revela a herança positivista e autoritária de nossa tradição jurídica”.

“Por certo – conclui o citado jurista – o dever de submissão às decisões emanadas do Poder Judiciário – e mesmo de um Tribunal Constitucional – não importa necessariamente a sua aceitação acrítica por quem

quer que seja. Decisão judicial se critica sim: nos autos, por meio de recurso cabível, nas obras doutrinárias, nos bancos universitários, na imprensa ou até mesmo em sedes menos ortodoxas, como conselhos comunitários e associações de moradores.”¹⁵

Fechando este parêntese e voltando ao centro do campo cognoscível desse artigo, podemos afirmar, ainda escudados nos dizeres do já mencionado Gustavo Binenbojm, que a construção da teoria do Direito Constitucional foi sedimentada sobre categorias mínimas de direitos, que se enfeixam no chamado *mínimo existencial* de todas as constituições, proporcionando as condições materiais para o exercício dos direitos, coincidindo com os direitos fundamentais, especialmente os de ordem econômica, social e culturais básicos, esteios precípuos para o exercício das demais liberdades civis.¹⁶

Esse mínimo existencial, chamado por outros substancialismo constitucional, é na essência a explicitação das bases do contrato social, e na visão de autores como Lenio Luiz Streck, atuam como mecanismo para a efetividade do Estado Democrático de Direito, que depende, no sentir do mencionado jurista, “muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos.”¹⁷

Continuando a desenvolver seu raciocínio, conclui de forma inovadora o referido autor que: “(...) naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle da constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais. Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo,

15. Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 115-116.

16. Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, cit., p. 111.

17. Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica jurídica em crise*, cit., p. 44.

mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade. Veja-se, nesse sentido, a importante decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, que aplicou a cláusula da ‘proibição do retrocesso social’, inerente/imanente ao Estado Democrático e Social de Direito: ‘(...) *a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social*’. (Acórdão n. 39/84 do Tribunal Constitucional da República Portuguesa).”¹⁸

Debruçando-se sobre o tema afeto à eficácia das garantias fundamentais gravadas na Constituição, pontifica Flávia Piovesan, ao adotar a concepção de Ronald Dworkin: “(...) que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Estes princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. O sistema jurídico define-se, pois, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos que apresentam verdadeira função ordenadora, na medida que salvaguardam valores fundamentais. A interpretação das normas constitucionais advém, desse modo, de critério valorativo extraído do próprio sistema constitucional.”¹⁹

E acrescenta: “(...) quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social. Na lição de Antonio Enrique Pérez

18. Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica jurídica em crise*, cit., p.44-45, grifos no original.

19. Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional*, São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 60.

Lunõ: ‘Os valores constitucionais possuem uma tripla dimensão: a) fundamentadora - núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; b) orientadora - metas ou fins pré-determinados, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional; e c) crítica - para servir de critério ou parâmetro de valoração para a interpretação de atos ou condutas. (...) Os valores constitucionais compõem, portanto, o contexto axiológico fundamentador ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade’. *Neste sentido, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.*”²⁰

Arrematando: “(...) atente-se ainda que, no intuito de reforçar a impositividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º. Este princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a estes direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Este princípio tenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. No entender de Canotilho, o sentido fundamental desta aplicabilidade direta está em reafirmar que ‘os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via direta da constituição e não através

20. Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional*, cit., p. 59.

da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais’.”²¹

A infundada insistência em se tentar deferir sobrevida ao já cambaleante Decreto-Lei n. 911/69, privilegiando, destarte, os demarcados interesses das instituições financeiras, alicerçando essa tendência em uma mal arrevesada interpretação do que dita o artigo 5º, LXVII da Constituição Federal, contraria, de maneira frontal, o que determinado em outro tratado também chancelado pelo Estado brasileiro, nomeadamente o artigo 27 da Convenção de Viena, que reza: “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento do tratado.”²²

Ora, todos esses pactos internacionais de proteção dos direitos humanos são normas vinculantes do Estado. Mais que isso, como já enfatizado, adentram no cenário jurídico do país sob o *status* de preceitos constitucionais, face ao permissivo embutido no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal.

Acerca das teorias monista e dualista que informam a sistemática de incorporação dos tratados internacionais no âmbito interno dos países que os subscreveram, argumenta ainda Flávia Piovesan que “a doutrina predominante tem entendido que, em face do vazio e silêncio constitucional, o Brasil adota a corrente dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas – ordem interna e a ordem internacional. Para que o tratado ratificado

21. Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional*, cit., p. 63-64.

22. No mesmo sentido, o artigo 10 da Convenção sobre Tratados, assinada em Havana em 1929, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 18.596, de 22 de outubro de 1929, enfatiza que: “Nenhum Estado pode se eximir das obrigações do tratado ou modificar suas estipulações, senão com o acordo pacificamente obtido dos demais contratantes”. Sobre o tema, salienta ainda Antonio Carlos Malheiros que: “Isso de não se cumprirem tratados internacionais é coisa séria. No artigo 11 do tratado assinado em Havana em 1929, e lei aqui no Brasil: ‘Os tratados continuarão a produzir seus efeitos ainda quando se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes’.” (A prisão civil e os tratados internacionais, cit., p. 56).

produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária então a edição de um ato normativo. No caso brasileiro esse ato tem sido um decreto de execução, adotado pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado no âmbito interno”.

Continuando, conclui a referida jurista que “essa visão não se aplica, contudo, aos tratados de direitos humanos que, por força do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, têm aplicação imediata. Isto é, diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim ratificados, irradiam efeitos nos cenários internacional e interno, dispensando-se a edição de decreto de execução. Já no caso dos tratados tradicionais, há a exigência do aludido decreto. Logo, a Constituição adota um sistema jurídico misto, na medida em que para os tratados de direitos humanos acolhe a sistemática e incorporação automática, enquanto que para os tratados tradicionais acolhe a sistemática da incorporação não-automática”.²³

A seguir, acrescenta: “No que diz respeito à hierarquia dos tratados, também percebe-se que a Carta Constitucional acolhe um sistema misto, de modo a conjugar regimes jurídicos diferenciados – um atinente aos tratados de direitos humanos e outros aos tratados tradicionais. Ineditamente, prevê o texto, no artigo 5º, parágrafo 2º, que os direitos e garantias expressos na Constituição ‘não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.”²⁴

23. Valor jurídico dos tratados: impacto na ordem interna e internacional, *Boletim do Centro de Estudos*, São Paulo, PGE-SP, v. 22, n. 2, p. 93, mar./abr. 1998.

24. Flávia Piovesan, Valor jurídico dos tratados: impacto na ordem interna e internacional, cit., p. 93-94.

Portanto, a par de tudo o que foi dito e redito, aflora a inexorável conclusão de que o obsoleto permissivo embutido no questionado artigo 4º do Decreto-Lei n. 911/69, bem como o encravado no artigo 652 do Código Civil em vigor, frente aos preceitos irradiados dos pactos internacionais referidos e do conjunto de princípios informadores desta nossa decantada República, encontram-se com sua eficácia irremediavelmente suprimida, por se mostrarem francamente inconstitucionais.

E nem se pense que essas asserções seriam elididas pela aparente dicotomia de comandos emergentes dos preceitos constitucionais suscitados, quando confrontados pelo inserido no inciso LXVII, última figura, do mesmo artigo 5º da Constituição Federal, *pois, em matéria de antinomia derivada de preceitos regentes de direitos humanos, há de prevalecer a norma mais favorável à vítima.*

A propósito do tema, pontifica Antonio Augusto Cançado Trindade, ex-integrante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que “não há mais pretensão de primazia de um ou outro [direitos], como na polêmica clássica entre monistas e dualistas. No presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas.”²⁵

Eliminando qualquer dúvida sobre a incidência dos comandos elencados nos pactos internacionais de proteção de direitos humanos, mesmo quando haja, no direito interno, dispositivos aparentemente conflitantes, fazemos uso do que preconiza Fábio Konder Comparato ao pontificar: “(...) sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas,

25. Antônio Augusto Cançado Trindade, Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos, in Instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1997, p. 23.

a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à 2ª Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai-se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há que prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico”.²⁶

3. É verdade. Vivemos em um Estado capitalista. Mas contrariando a própria lógica desse velho e desumano sistema econômico, aqui, neste país, aos bancos e instituições congêneres, o capitalismo se apresenta sem qualquer possibilidade de risco²⁷, de perda de seu sacrossanto lucro; e, se isso ocorrer, pobre devedor, o cárcere será logo invocado...

No ideário daqueles que forjaram o feixe de normas oriundo do mais pérfido período ditatorial vivido, em data recente, neste Brasil, e por quem, mesmo ante a notória obsolescência dessas inanes normas, ainda insiste em aplicá-las, os interesses econômicos são divinos, onipotentes, suficientemente relevantes para justificarem a invocação do aparato estatal como meio de sua concretização, sobrepujando, inclusive, a pobreza do

26. Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 59-60.

27. Emblemática a notícia veiculada pela *Folha de S. Paulo*, de 12.12.2002, p. B1, em que os bancos - mesmo em meio à grave crise internacional e interna, com os desarranjos sociais se agravando e forjando, neste rincão, o flagelo da miséria, do analfabetismo e do desemprego - tiveram um ganho de 202% em suas reservas lucrativas nos últimos tempos de império neoliberal. Em 1999, a poupança das instituições financeiras que operam no Brasil era de R\$ 6,78 bilhões, tendo saltado para R\$ 20,49 bilhões em 2001.

devedor, suas dificuldades financeiras até mesmo para manter sobrevivência digna, solapando sua liberdade pela simples notícia de uma mísera dívida monetária um dia lastimavelmente contraída com as portentosas instituições, para a qual historicamente o Estado, diante de sua hipertrofia, a tudo provê.

Mas, é válido sublinhar, nem tudo está perdido em termos de cumprimento das obrigações internacionalmente assumidas pelo país.

Corrente jurisprudencial mais consentânea com o tema atreito à dignidade da pessoa humana, informada, inclusive, pelos ideais irradiados dos tratados aqui expendidos, tem, com inegável acerto, repellido a possibilidade da medieval prisão civil por dívidas em função da incidência, direta, daquelas obrigações constantes desses vários pactos.

Para simbolizar o conteúdo e significado dessa bem-vinda corrente pretoriana, fazemos uso de excerto da pioneira decisão cunhada pelo Juiz Dyrceu Cintra, membro do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, nos autos do *Habeas Corpus* n. 493.158-0/5, cujo sublime teor a transformou em referência imanente ao tema em testilha, que por bem servir como esteio ao que até aqui se tenta expor, segue abaixo transcrita:

“Assim, cabe analisar se é possível aquela forma de coação, ou, em outras palavras, se o poder estatal de exercer a violência legítima, em nome da preservação da ordem jurídica, pode ser utilizado para proteger o direito do credor fiduciário, como feito, no caso para levar o devedor e depositário à prisão.

Neste ponto, entende-se que, mesmo persistindo a obrigação do depositário de entregar o bem ou seu equivalente em dinheiro, o único caminho a ser tomado contra ele, caso não as cumpra, é o da execução.

Não é possível coagi-lo mediante prisão, hoje em dia, por ser inconstitucional a prisão do depositário infiel.

Nem se cogita de diferenciar, como fazem diversos julgados (1º TAC-SP – AI 684.524-7 – rel. Oscarlino Moeller; 1º TAC-SP – AC 614.320/96 – rel. Ary Bauer; 1º TAC-SP AI 438.938-8 – rel. Bruno Netto), o depósito de alienação fiduciária em garantia daquele decorrente de típico contrato de depósito, em que alguém, por força de lei ou contrato, recebe objeto móvel alheio para guardá-lo de conformidade com os artigos 1.165 e 1.283 do Código Civil.

É que a inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel – de qualquer depositário infiel – vem ao direito interno por via do direito internacional. Mais precisamente, do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Saliente-se de início que o conteúdo básico dos direitos fundamentais da pessoa humana e seu caráter universal são realidades hoje assentadas, sobretudo após a Conferência da ONU sobre o tema, realizada em Viena, em junho de 1993. Uma ordem jurídica que aspire a justiça só pode ser construída com a incorporação daqueles direitos, sistematizados e expandidos a partir da Declaração de Direitos da ONU, de 1948. Tal incorporação é feita pelo direito interno dos Estados soberanos, basicamente, por proclamações constitucionais e por adesão a pactos internacionais.

O Brasil é signatário dos principais pactos internacionais sobre direitos humanos, inclusive o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, adotado na legislação interna por força do Decreto n. 591, de 6.7.1992, e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ao qual o Brasil aderiu por força do Decreto n. 678, de 6.7.1992.

Os pactos que o Brasil ratifica passam a vigorar como lei interna.

Mais que isto, por força do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, o rol daquela é complementado pelos direitos e garantias fundamentais previstos nos tratados e convenções internacionais.

Conseqüentemente, entre nós, por vontade constitucional, os direitos e garantias fundamentais proclamados nas convenções ratificadas pelo Brasil têm *status* de norma constitucional.

No atual estágio de evolução das relações entre os povos é crescente a preocupação com o respeito às regras do direito internacional. À medida que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais, que diminuem a competência discricionária de cada contratante, eles restringem sua soberania e isto constitui uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, que aponta a prevalência da perspectiva monista internacionalista para regência da relação entre direito interno e direito internacional (Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, *Recepção pelo direito interno das normas de direito internacional público – parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988*, trabalho acadêmico).

Hoje, a primazia do direito internacional é clara e se evidencia, segundo Max Soresen, *‘por la regla bien establecida de que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para disculpar la falta de cumplimiento de sus obligaciones internacionales, o para escapar a las consecuencias de ella’*. (*Manual de derecho internacional*, México: Fondo de Cultura Económico, 1992).

Segundo o referido autor: *“El Estado es libre para dejar encargado a sus tribunales del cumplimiento de sus obligaciones internacionales dentro de su territorio (...) Pero, todo conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno que queda producir un incumplimiento de una obligación internacional, implica la responsabilidad del Estado. Como corolario, la norma de derecho interno que sea contraria al derecho internacional es considerada por los tribunales internacionales, desde el punto de vista de su sistema, como si no existiese”*.

Ao assentar que a proteção dos direitos humanos constitui ‘objeto prioritário das Nações Unidas’ e ‘preocupação legítima da

comunidade internacional’, a Conferência reafirmou o dito de Norberto Bobbio de que os sujeitos daqueles não são os Estados ou os cidadãos de algum Estado, mas todos os homens, como verdadeiros ‘cidadãos do mundo’. (Presente e futuro dos direitos do homem, in *A era dos direitos*, Campus, 1992, p.30).

Por isto mesmo, ‘os direitos humanos não são mais matéria de exclusiva competência das jurisdições nacionais’ e ‘sua observância é exigência universal, consensualmente acordada pelos Estados na Conferência Mundial, e ainda mais cogente para países como o Brasil, que aderiram voluntariamente às grandes convenções existentes nessas esferas’. (J. A Lindgren Alves, O sistema internacional de proteção dos direitos humanos e o Brasil, in *Os direitos humanos como tema global*, Perspectiva, 1994, p. 41).

(...) A norma internacional tem sua forma própria de revogação, a denúncia, só podendo ser alterada por outra norma de categoria igual ou superior, internacional, e não por lei interna. É o que tem sustentado o Juiz Antonio Carlos Malheiros, em diversos votos, com o apoio da doutrina de Haroldo Valladão e do Ministro Philadelfo Azevedo, para sustentar a inconstitucionalidade da prisão do depositário de bem por força do que dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos (v.g. 1º TAC-SP HC 674.380-2 – j. em 14.2.1996).

E, de fato, tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) quanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – dos quais não pode destoar a legislação infraconstitucional – impedem a prisão do depositário infiel.

(...) Ambas as proibições se aplicam ao caso de depósito contratual ou voluntário.

Para a Convenção Americana, a única exceção é a relacionada com a obrigação alimentar, de que ora não se cuida.

Nem se diga que a prisão do depositário infiel de bem alienado fiduciariamente não é prisão por dívida. Tanto o é que o depositário, normalmente o próprio devedor fiduciante, pode ser executado por quantia certa como prevê o artigo 906 do Código de Processo Civil.

A prisão visa justamente a que ele cumpra sua obrigação contratual.

Daí sua inconstitucionalidade, pela incompatibilidade com a regra da Convenção Americana de Direitos Humanos, à qual o Brasil aderiu em 6.11.1992, por força do Decreto n. 678, sem reservas, e passou a integrar o sistema constitucional garantidor dos direitos fundamentais das pessoas por força do que contém o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal”.²⁸

Ou, ainda, decisões como a veiculada pelo Ministro Marco Aurélio, membro do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 72183-4-SP, onde assim proveu:

“Ainda que se pudesse colocar em plano secundário os limites constitucionais, a afastarem, a mais não poder, a possibilidade de subsistir a garantia da satisfação do débito como meio coercitivo, no caso de alienação fiduciária, que é a prisão, tem-se que essa, no que decorre não da Carta Política da República, que para mim não a prevê, mas do Decreto-Lei n. 911/69, já não subsistente na ordem jurídica em vigor, porquanto o Brasil, mediante o Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos, ao chamado Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. É certo que somente o fez cerca de vinte e dois anos após a formalização. Entrementes, a adoção mostrou-se linear, consignando o artigo 1º do Decreto mediante o qual promulgou a citada Convenção que a mesma há de ser cumprida tão

28. A íntegra do acórdão está publicada no *Boletim do Centro de Estudos*, São Paulo, PGE-SP, v. 2, n. 2, p. 109, mar./abr. 1998.

inteiramente como nela se contém. Ora, o inciso VII do artigo 7º revela que ‘ninguém deve ser detido por dívidas’. Este princípio não limita, os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. Consta-se, assim, que a única exceção contemplada corre à conta de obrigação alimentar. A promulgação sem qualquer reserva atrai, necessariamente e no campo legal, a conclusão de que hoje somente subsiste uma hipótese de prisão por dívida civil, valendo notar a importância conferida pela Carta de 1988 aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. A teor do disposto no parágrafo 2º do artigo 5º, tais documentos geram direitos e garantias individuais.

(...) Em síntese: hoje não mais subsiste o Decreto-Lei n. 911/69 na parte em que dispunha sobre prisão civil quando não pagas as prestações ajustadas e ausente a devolução do bem por aquele que, a um só tempo, em mesclagem de qualificações, o adquiriu e o alienou ao credor fiduciário”.

Dessa linha de interpretação evolutiva não diverge a corrente jurisprudencial sedimentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e outras Cortes do país, conforme se infere dos seguintes arestos:

“*Habeas Corpus* – Prisão civil – Depositário infiel – Inadmissibilidade – Precedentes do STJ e STF – Segurança concedida.

O artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal dispõe que os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes do regime jurídico e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que o país seja parte. Por sua vez, no Pacto de San José da Costa Rica, dispôs-se: ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. (Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, art. 7º, item 7). Ilação inafastável a

de que deixa de ser possível a prisão do depositário infiel. Em trabalho publicado na *Revista dos Tribunais*, sob o título de prisão civil do depositário infiel em face da derrogação do artigo 1.287 do Código Civil pelo Pacto de São José da Costa Rica, Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Resiffe sustentam que, embora constitucional a permissão de prisão civil do infiel depositário, está em plena vigência, como norma de caráter geral, o Pacto de San José da Costa Rica, derogatório de todas as previsões legislativas de caráter geral sobre prisão civil, principalmente o artigo 1.287 do Código Civil e os artigos 885, parágrafo único; 902, parágrafo 1º e 904, parágrafo único, todos do Código de Processo Civil.” (HC n. 99.017387-9/Fraiburgo, Des. João José Schaefer – TJSC).

“*Habeas Corpus* – Prisão civil – Depositário infiel – Alienação fiduciária.

1. Cabe *habeas corpus* para afastar a possibilidade de prisão civil a ser decretada em sentença proferida nos autos de ação de depósito, na qual o paciente, conforme informações do Juízo de Direito, será compelido a depositar o bem alienado fiduciariamente, ou o equivalente em dinheiro, sob pena de prisão, sendo irrelevante que a execução do referido *decisum* esteja subordinada ao seu trânsito em julgado.

2. A jurisprudência deste Tribunal (REsp n. 149.518/GO, Corte Especial, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 5.5.1999) firmou-se no sentido de não admitir a prisão civil de depositário infiel vinculada a contrato de alienação fiduciária. 3. Recurso de *habeas corpus* provido.” (STJ – Ac. 199901043204 – RHC n. 9304/MG, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU, de 27.3.2000, p. 91).

“*Habeas Corpus* – Prisão civil – Depositário infiel – Alienação fiduciária.

I. Decidiu a Corte Especial, ao julgar a assentada 20.10.2000, o HC n. 11.918/CE, manter a sua anterior orientação, consubstanciada no julgamento proferido no REsp n. 149.518/GO, no sentido de que é ilegítima a prisão do devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária.

II. *Habeas corpus* concedido”. (STJ - HC n. 15.332/SP, 3ª T., rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJU*, de 30.4.2001, p. 130).

“Alienação fiduciária – Prisão civil - Impossibilidade – Posição unânime do STJ – O Superior Tribunal de Justiça, através de sua Corte Especial, no REsp n. 149.518, julgado em 11.5.99, relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar, por unanimidade de votos, uniformizou a jurisprudência, no sentido de que não cabe a prisão civil do depositário infiel em contratos de alienação fiduciária, porque não existe depósito efetivo na espécie. Recurso provido.” (TAPR – AC n. 142766500/Curitiba, 4ª C. Cív., rel. Juiz Clauton Camargo, *DJPR*, de 17.3.2000).

Confirmam-se, ainda, os seguintes julgados: STJ – RHC n. 10826/PR, 3ª T, rel. Min. Carlos Albredo Menezes Direito, *DJU*, de 9.4.2001, p. 350; STJ - RHC n. 10.609/RS, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, *DJU*, de 12.3.2001, p. 115; STJ – HC n. 14.470/DF, 3ª T., *DJU*, de 5.2.2001, p. 96; TJRJ – HC n. 420/2000, 5ª C. Crim., rel. Des. Maria Helena Salcedo, j. 30.3.2000; TAMG – AC n. 0316265-4, 3ª C. Civ., rel. Juiz Kildare Carvalho, j. 27.9.2000, dentre outras fontes.

4. Como se percebe, apesar de todas as adversidades que dificultam a integral implementação dos instrumentos de proteção dos direitos humanos no âmbito interno deste país, alguns significativos avanços têm sido experimentados na seara jurisprudencial, em que pese, como já afirmado, persistente relutância advinda da cúpula do sistema.

Porém, não obstante esses entraves, ressoa irremediável a conclusão, a par de tudo o que foi salientado e exposto ao longo deste escrito, que

realmente os vetustos dispositivos que antes autorizavam a prisão civil por dívidas diversas daquelas decorrentes da obrigação alimentar quedaram-se irremediavelmente revogados face à incorporação, pelo ordenamento jurídico interno, das garantias enfeixadas nos tratados internacionais pelo Brasil subscritos, aqui exaustivamente nominados.

Mesmo diante do vasto leque de normas concebidas no país, tendentes a guarnecer e fortalecer nosso precário convívio democrático, direcionando no caminho que leva à sonhada igualdade substancial entre os que habitam estas paragens, a debilidade do tecido social é flamante, com seus níveis de misérias e desacertos beirando os padrões do insuportável.

O descaso dos poderes instituídos para o tema afeto à dignidade humana nestas terras de além-mar já é histórico e universalmente conhecido, tanto assim que o celebrado historiador inglês Eric Hobsbawm chegou a afirmar ser o Brasil “um monumento à negligência social”²⁹, que só se robusteceu nestes últimos tempos de neoliberalismo econômico, vendido por nossa elite envolto na vã promessa de inserção do país nas maravilhas da “modernidade” e da globalização.

“Modernidade” essa que, aos olhos do já referido Lenio Luiz Streck, “dá os claros sinais de uma barbárie, a barbárie neoliberal que, a título de guardar identidade com a filosofia pós-moderna, traz como resultado sinais de retorno à pré-modernidade. Nessa mesma linha, André-Noel Roth adverte para o perigo de estarmos indo rumo a uma nova forma de regulação neofeudal, porque as principais especificidades que separam o Estado moderno do medievo estão sendo diluídas no plano da globalização”.³⁰

A única maneira de evitarmos que esse retrocesso se estabeleça é não nos resignarmos às intensas concessões aos imperativos econômicos que estão a engessar, há um quadrante infindo de tempo, as possibilidades de

29. Eric Hobsbawm, *A era dos extremos*, 2. ed., São Paulo: Cia. das Letras, 1995, p. 555.

30. Lenio Luiz Streck, *Constituição ou barbárie*, ANUÁRIO Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 201.

melhoras sociais que abarquem a população em geral, tal qual as sempiternas promessas encravadas no texto constitucional.

Pois, como nos recorda Ernesto Sabato, nesse tortuoso caminho eleito pela civilização humana “tantos foram os valores liquidados pelo dinheiro, e agora o mundo, que a tudo se entregou para crescer economicamente, não pode abrigar a humanidade”.³¹

Assinala o tempo, que é passada a hora de edificarmos esse abrigo.

BIBLIOGRAFIA

BINENBOJN, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. *Instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1997. p. 13-46. (Série Documentos, 14).

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional. *Revista Especial do TRF-3ª Região, sobre Seminário “Incorporação dos Pactos Internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro”*, São Paulo, p. 25-38, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Progresso, 1989. (Obras Escolhidas Marx e Engels).

HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos*. 2. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

31. Ernesto Sabato, *Antes do fim*, São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

MALHEIROS, Antonio Carlos. A prisão civil e os tratados internacionais. *Revista Especial do TRF-3ª Região*, sobre Seminário “Incorporação dos Pactos Internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro”, São Paulo, p. 49-56, 1997.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERI, Paulo de Tarso et. al. Prisão do depositário infiel: constitucionalidade. *Boletim do Centro de Estudos*, São Paulo, PGE-SP, v. 22, n. 2, mar./abr. 1998.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. Valor jurídico dos tratados: impacto na ordem interna e internacional. *Boletim do Centro de Estudos*, São Paulo, PGE-SP, v. 22, n. 2, mar./abr. 1998.

SABATO, Ernesto. *Antes do fim*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

SARAMAGO, José. *História do cerco de Lisboa*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Constituição ou barbárie. In: ANUÁRIO Ibero-Americano de Direitos Humanos, 2001/2002. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002.

TRINDADE, José Damião de Lima. Considerações sobre o cinismo. *Jornal da Associação Juízes para a Democracia*, n. 15, out./dez. 1998.

DIREITOS HUMANOS – ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS PERTINENTES À SITUAÇÃO DOS PORTADORES DE AIDS

Ana Cecilia Rodrigues Medeiros¹

Resumo: Correspondendo ao estímulo que nos foi proposto, qual seja, abordar os direitos humanos e suas múltiplas implicações, observáveis no decorrer do processo interativo do indivíduo com o meio social, optamos, neste trabalho, pela abordagem dos aspectos éticos e jurídicos respeitantes aos portadores de AIDS. Por suas complexidades, marcadamente nos tempos que correm, o tema se presta a uma urgente reflexão, tanto em termos sociais quanto jurídicos, com toda abertura exigível, nesta época de progresso, descobertas e surpreendentes realizações. É o que se desejará concretizar, unindo ao nosso labor, a graça de Deus, pois, “se o Senhor não edificar a casa, em vão trabalham os que a constroem”. (sl 126,1)

Sumário: 1 - Os direitos individuais e o princípio da isonomia; 2 - O conteúdo substancial e o conteúdo formal da isonomia; 3 - O agir moral e o direito – Implicações; 4 - Discriminação e isonomia; 5 - Discriminação contra portadores de AIDS; 6 - Responsabilidade civil por danos causados aos portadores de AIDS; 7 - Os direitos específicos dos portadores de AIDS; 8 - AIDS: Situação fática e visão jurídica – Questionamentos que se impõem; 9 - Direitos sociais: Especificidades de sua manifestação nos casos de AIDS; 10 - O Direito Penal e a AIDS. O aidético: Agente ou vítima? Conclusão.

1. Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Centro Universitário Salesiano de São Paulo.

1. OS DIREITOS INDIVIDUAIS E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A Constituição da República Federativa do Brasil procurou determinar, com maior precisão, os direitos individuais e os sujeitos desses direitos, estendendo sua proteção aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

O critério norteador, em sede de proteção constitucional aos direitos individuais, deve, pois, ser o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, todos aqueles que, residindo em solo nacional, aqui desempenham seus misteres e trabalham pela construção de um futuro melhor, inegavelmente devem ter seus direitos à vida, à liberdade, à segurança, à honra, à intimidade, à propriedade abrigados, mantidos a salvo de quaisquer danos, ou perigos de incidência de efeitos lesivos.

Nisso consiste a essência do próprio princípio da igualdade, segundo o qual não se fará distinção de nenhuma natureza, entre os indivíduos, perante a lei.

Caminhando por esse raciocínio, é-nos dado compreender que a proteção a tais direitos não se restringe, apenas, à pessoa física; também a pessoa jurídica há de ser contemplada pela proteção legal a seus direitos.

Aliás, considerando o novo enfoque oferecido a tantos interesses e direitos individuais e reconhecendo a dimensão social que lhes é, atualmente, imanente, face às recentes transformações sociais, culturais e históricas por que passam a humanidade – considerando estes fatores, dizia-se, não há como excluir às pessoas jurídicas a proteção de seus direitos, como ocorre, exemplificadamente, com a propriedade.

A cada dia, aumenta o valor e cresce a importância da isonomia entre os indivíduos.

O princípio comporta, entretanto, certas especificidades significativas, para as quais nem sempre se tem voltado a atenção.

2. O CONTEÚDO SUBSTANCIAL E O CONTEÚDO FORMAL DA ISONOMIA

Proclama-se, de modo geral, que “todos são iguais perante a lei”. É oportuno, porém, questionar: em que consiste, exatamente, essa igualdade?

Existem, no texto constitucional, certos discrímens com a finalidade de atenuar e impedir possíveis desigualdades entre os integrantes de um contexto social. Não se permitirá que nenhum discrímen seja empregado para desnivelar, materialmente, os sujeitos, dentro de uma dada situação. É o que ocorre com o discrímen *sexo*.

Quando a Constituição Federal, no seu artigo 5º, estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, é necessário esclarecer, com exatidão, em que sentido essa expressão deve ser interpretada.

Obviamente, não se deve entender que a lei não possa admitir, nem comportar diferenciações.

Retomando as apreciações concernentes ao homem e à mulher, é perfeitamente aceitável a existência de caracteres biológicos, fisiológicos, psicológicos e, a tais caracteres, a lei não pode se furtar; entretanto, o princípio constitucional isonômico visa a resguardar ambos os sexos de uma diferenciação injusta, em termos de dignidade jurídica, moral e social.

É nessa acepção que a igualdade entre os seres humanos diante da lei mais se realiza.

Torna-se claro que mais importante que salientar a igualdade entre sexos é reconhecer os direitos e deveres do homem e da mulher como seres humanos e entre os seres humanos.

Essa equivalência perante a lei faz ressaltar a proibição de discriminações legislativas, quaisquer que sejam as suas expressões.

Nesse contexto, não é difícil detectar um sentido substancial e um sentido formal integrando a isonomia, sobre a qual dispõe o texto constitucional, em seu artigo 5º, I.

Substancialmente, a igualdade diz respeito a um tratamento uniforme de todos os homens, não apenas com relação ao direito, mas sim com relação a uma equiparação real, face aos bens da vida.

Formalmente, a igualdade se viabiliza em termos de que os cidadãos não sejam considerados de modo discriminatório, tomando-se por base outros elementos constituintes de sua identidade pessoal, como raça, herança cultural, diversidade de estrutura psíquica, maturação, fatores componentes da personalidade etc.

Uma vez evidenciados esses aspectos, é chegado o momento de avaliar uma faceta do comportamento humano que, como parte do campo de ação do indivíduo, em seu desempenho social, há de ter, logicamente, a sua tutela garantida pelo ordenamento jurídico: o seu direito à privacidade, compreendendo-se, aqui, o direito de se reservar a busca da concretização de seus objetivos de vida, conforme a conveniência íntima de cada um.

3. O AGIR MORAL E O DIREITO – IMPLICAÇÕES

O homem é um ser social, por natureza. Desenvolve, em decorrência disso, uma série de atos, de molde a comunicar ao mundo que o cerca suas tendências, razões, seus pensamentos e objetivos existenciais.

O motivo desse interagir com o meio é encontrar respostas aos anseios que o caracterizam como alguém sempre em busca de realização e aperfeiçoamento.

Ao mesmo tempo, a criatura humana oferece ao meio a contribuição de seu trabalho, de suas descobertas, provenientes do uso da razão, de seus esforços no sentido de ajudar na tarefa de transformação gradativa da sociedade, com vistas a um progresso mais acentuado e compensador.

Mas o homem não revela somente uma capacidade de atuação sob o prisma social. Há também um agir moral, ou seja, há um modo próprio de viver, comum a cada indivíduo. Esse modo de ser e de viver tem suas mais profundas raízes na consciência.

A encíclica *Gaudium et Spes* a conceitua como uma área íntima em que “o homem descobre uma lei e a ela deve obedecer”.²

Essa lei, inscrita na consciência de cada homem, é a lei moral, consistente em buscar o bem e evitar o mal.

Cada ser humano possui a sua lei moral, ou seja, um conjunto de valores que constitui a sua moralidade própria.

Os valores humanos naturais encontram-se de tal forma arraigados na própria natureza humana racional que passam a determinar os rumos de sua vida individual e sua convivência social.

Exemplificativamente, temos o respeito pela vida, a honorabilidade, a veracidade, a honestidade, a fidelidade, a justiça, a preservação da liberdade etc.

Em todos os tempos, a razão humana é capaz de perceber a incidência de erros e distorções desses valores, aferíveis que são, em situações concretas.

Assim, a sociedade não aceita contra-valores, como o homicídio, o incesto, o adultério, a difamação, a mentira, a calúnia etc.

Aqui entra a atuação do Direito, como complexo de normas visando à recomposição da ordem social e à restauração do direito lesado, em cada contexto individualmente considerado.

2. G.S., n. 16.

Como se vê, o agir moral projeta seus efeitos no campo social.

Os homens se interrelacionam, procurando satisfazer suas necessidades de conservação, comunicação, consecução de objetivos, viabilização de projetos.

Nesse processo, está implícito um sentido moral, pois o próprio fato da convivência entre as pessoas abrange coisas proibidas e coisas permitidas.

Ao fazer suas escolhas, de molde a agir conforme os valores selecionados, o ser humano estará assumindo um comportamento ético positivo, ou negativo, em vista das normas jurídicas reguladoras da vida em sociedade.

Se esse comportamento não estiver adequado aos padrões sociais e vier a causar danos a alguém, ou mesmo a um grupo, caberá ao Estado, mediante provocação do ofendido, exercer a sua função jurisdicional, a fim de que se restabeleça a ordem social, o ordenamento jurídico seja respeitado e a responsabilidade pelos danos ocorridos seja assumida por aquele que os desencadeou, através de um modo de agir ética e socialmente reprovável.

4. DISCRIMINAÇÃO E ISONOMIA

O termo “discriminar” traz, em seu bojo, um significado de segregação, separação, distinção. O ato discriminatório “estabelece graus de diferença de qualidade”.³

Por si só, a conduta discriminatória revela um “quê” de injusto e “indevido”, pois se direciona a seres humanos, uma vez que o agir e o interagir pressupõem pessoas como sujeitos, no contexto social.

3. Ruth Rocha, *Minidicionário enciclopédico escolar*, São Paulo: Scipione, 1995, p. 213.

Provém daí o sentido injusto da seleção de pessoas, excluindo-as – ou tentando excluí-las – dos benefícios concedidos pela sociedade a todos os indivíduos.

Os critérios propostos para tais discriminações são, via de regra, “totalmente subjetivos e desarrazoados”.⁴

Fere-se, aqui, o princípio constitucional contido no artigo 5º, *caput*, pelo qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Sem dúvida, nos casos em que pessoas se vêem impedidas de atuar, em quaisquer situações, por serem adeptas de formas de vida consideradas divergentes dos padrões assim convencionados como “normais”, ocorre a discriminação, e uma vez que a conduta discriminatória se haja operado, terá sido concretizada a violação à isonomia, a qual, junto a outras garantias constitucionais individuais, constitui um dos pilares básicos sobre os quais se alicerça o Direito, na sociedade moderna, em sua luta pela efetiva distribuição de uma “justiça mais justa”.⁵

Ao conceder a sua proteção aos cidadãos, a lei passa a tratá-los igualmente, pois “a diversidade de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política, de condição pessoal ou social não pode constituir razão de tratamento jurídico diverso pelo Estado”.⁶

Configurado o comportamento discriminatório, consubstancia-se o dano moral, cuja incidência se faz sentir sobre o universo pessoal daquele que foi excluído de um grupo, de uma coletividade, de uma associação, enfim, daquele que, por uma razão de ordem absolutamente particular, se vê inaceito por uma comunidade.

A análise de um caso prático ajudará a compreensão desse aspecto.

4. Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, p. 171.

5. Ada Pellegrini Grinover, *Princípios constitucionais e o processo civil*, São Paulo: Bushatsky, 1975.

6. Oreste Ranelletti, *Instituzioni di diritto pubblico*, Milano: Giuffrè, 1953, p. 143-144.

5. DISCRIMINAÇÃO CONTRA PORTADORES DE AIDS

Em nossos dias, têm ocorrido inúmeros casos de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS-SIDA, cujo índice epidêmico se associa, em maior proporção, aos indivíduos homossexuais masculinos; segue-se o contingente dos viciados em drogas intravenosas e os hemofílicos.

Embora a história natural da doença não possa ainda ser definida com total exatidão, já é possível comprovar que as pessoas infectadas podem se manter com anticorpos negativos, por algum tempo, ou anticorpos positivos, sem doença, por tempo indeterminado.

Pode haver, ainda, contaminação de crianças, por via transplacentária e perinatal.

Além das disfunções orgânicas constatadas nos indivíduos portadores de AIDS, verifica-se, também, a manifestação de disfunções de caráter psicológico.

Freqüentemente, ao se saber infectado pelo vírus da AIDS, o doente entra em grave crise depressiva, podendo, em muitos casos, reagir agressivamente, demonstrando sua revolta e inaceitação de sua nova realidade, através de atitudes não condizentes com um comportamento equilibrado.

Em que pese tal quadro patológico, é fundamental que o portador da imunodeficiência adquirida seja tratado com respeito e dignidade, sem que nenhuma discriminação baseada em preconceitos venha a atingi-lo.

Não é o que acontece, infelizmente, em alguns casos, quando portadores desse mal, mesmo não acusando manifestações comportamentais inadequadas, e ainda revelando condições de prosseguir normalmente em suas atividades habituais, são afastados de seus encargos pelo perigo que, pretensamente (segundo a opinião de alguns), estão a oferecer.

É indiscutível, em tais hipóteses, a concretização do dano moral, cujos elementos são nitidamente perceptíveis, incluindo-se, entre eles, a dor causada pela rejeição e pelo repúdio à sua pessoa, expresso pela exigência de seu afastamento do convívio social, em uma dada situação.

Esse é o caso de uma criança, em idade escolar, cujo desempenho, em estabelecimento de ensino estadual, no interior de São Paulo, era, até a idade de 9 anos, considerado satisfatório.

Em certo momento, a menor, apresentando indícios de mal-estar e levada ao médico, foi classificada como portadora de AIDS.

Os pais procuraram a direção da escola e a notificaram do fato, a fim de solicitar que uma atenção mais especial pudesse ser dispensada à criança, em razão de sua situação e do tratamento específico que, a partir daí, estaria sendo ministrado, sob o ponto de vista médico.

Foram, na oportunidade, informados de que a matrícula da menor estava cancelada e que não deveriam mais procurar, nos anos seguintes, esse estabelecimento, pois não poderiam oferecer vaga a crianças portadoras de tal doença, pelo perigo de contaminação a que expunham os colegas.

Diante dessa situação, transparece o caráter preconceituoso com que ainda são tratados os portadores de AIDS no Brasil.

Em face do disposto no texto constitucional, é flagrante a violação, não apenas do princípio constitucional da isonomia, como já foi, em linhas anteriores, exposto, mas também dos direitos à integridade moral dessa criança, expressão que, no ensinamento de Limongi França, abarca o “direito à honra, ao recato, à imagem, ao segredo, à identidade, à intimidade etc.”⁷

7. Rubens Limongi França, *Manual de direito civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 330.

Voltando ao caso concreto, veja-se o alcance e a repercussão da atitude discriminatória da direção dessa escola: afastada da escola, a menor em questão teve suas atividades de aprendizagem interrompidas.

Acrescente-se a isso o afastamento de seus amigos, circunstância que, sem dúvida, atingiu negativamente a área íntima de sua afetividade, causando-lhe decepção e sofrimento.

Considere-se ainda a violação à privacidade, pois se tornou público um fato que, até então, havia sido de conhecimento estritamente familiar.

Pergunta-se: há, diante de todo exposto, qualquer dúvida com respeito à caracterização de dano moral?

E ainda: é devida, nesta hipótese, a reparação por todos os prejuízos causados à vítima?

Celso Ribeiro Bastos, ao discorrer sobre o direito à intimidade, afirma que “cada época dá lugar a um tipo específico de privacidade”.⁸

É bem verdade que os relacionamentos sociais tanto se modificam que seria impossível abordar o tema da intimidade, sem uma análise franca e aberta das alterações culturais do momento.

Mas é também verdade que, a todo tempo, deve-se evitar que o ser humano seja injustamente discriminado e segregado de um grupo ou comunidade – no caso a comunidade escolar –, por circunstâncias particulares, atinentes ao seu modo de agir ou ser.

Essas evidências nos conduzem à conclusão de que há, sim, uma reparação devida, porque um bem jurídico foi lesado: um dano foi concretizado, inquestionavelmente, e a injustiça dos atos que integraram sua configuração exige uma retratação.

É o que se verá.

8. Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 182.

6. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS AOS PORTADORES DE AIDS

Sem dúvida, o ato discriminatório em relação aos portadores de AIDS constitui fundamento relevante para a responsabilização civil pelos danos causados.

Assim, em cada caso concreto, o lesado, sentindo-se atingido injustamente pela ofensa à sua dignidade, caracterizada pela exclusão de um grupo ou setor em que exercia uma atividade, tem o direito à reparação pelos danos sofridos, aqui se tratando de danos morais.

É importante considerar, nesta ordem de idéias, a extensão dos efeitos provocados pelo ato discriminatório.

Aliás, nessa área, assiste razão a Artur Oscar de Oliveira Dada, ao observar que “a faceta moral do dano deriva dos efeitos da lesão jurídica, e não da natureza do direito subjetivo atingido”.⁹

Isso posto, é bem de ver que uma vez cabível a ação de responsabilidade civil, devem-se considerar os elementos que lhe dão o substrato jurídico necessário ao seu ajuizamento: possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade da parte.

Já se sabe que o dano é pressuposto da responsabilidade civil, mas não somente esse fato objetivo faz nascer o dever de reparação; também existe o fator interno, subjetivo, atinente ao próprio agente, de cujo procedimento se origina a lesão dirigida a alguém.

Esse elemento é a culpa, assim entendida como a “inobservância de norma de conduta, de que decorre a lesão do direito alheio.”¹⁰

9. Artur Oscar de Oliveira Dada, Dano moral: reparação, in ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito, São Paulo: Saraiva, 1979, v. 22, p. 280-281.

10. João Mendes, in MATIELO, Fabrício Zamprogna, *Dano moral, dano material e reparações*, 2. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Sagra-Luzzato, 1995, p. 29.

Uma vez que se faz perfeitamente detectável a relação de causalidade existente entre conduta do agente e resultado danoso, surge claramente a culpa, tomada, neste contexto, no sentido de responsabilidade.

Por outras palavras, a esta altura das presentes considerações, o que se deseja é evidenciar a culpa em sua acepção mais ampla, indicadora de responsabilidade pelo resultado concretizado, em consequência da conduta lesiva, e não apenas procurar avaliar o elemento culpa nos parâmetros propostos pelo Código Civil, especialmente ao se referir à negligência, imperícia ou imprudência.

Caracterizado o nexos causal entre ação e resultado lesivo, vê-se estabelecida a possibilidade jurídica do pedido, com vistas à obtenção de um dos fundamentos ensejadores de uma ação reparatória.

Examine-se, agora, o interesse processual também denominado interesse de agir.

De acordo com Liebman, “o interesse de agir surge da necessidade de obter do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, pois, a lesão desse interesse e a idoneidade do provimento pleiteado para protegê-lo e satisfazê-lo.”¹¹

Nesse campo, é preciso considerar o binômio necessidade-adequação, fator tal que, vindo a faltar, desnatura o interesse processual exigível para a propositura da ação.

Deverá, assim, a necessidade prender-se ao fato de que o lesado não pode e não deseja quedar-se passivamente indiferente, ante prejuízos que lhe foram causados em vista do ato discriminatório do qual foi vítima.

O exercício de seus direitos à reparação, nesse caso, é um dos fatores pelos quais se viabiliza, nos tempos modernos, o maior acesso à justiça,

11. Enrico Tullio Liebman. *Manual de direito processual civil*, 2. ed., tradução de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 155.

bem como a maior efetividade do processo como instrumento de atuação da lei, nos casos em que sua aplicabilidade se faz mister.

O elemento adequação igualmente deve ser valorado, pois é preciso que a reparação seja condizente com a natureza e gravidade dos prejuízos verificados.

Com respeito a essa adequação, será importante proceder-se ao exame de uma série de dados, quais sejam: a intensidade com que a ação discriminatória repercutiu no ofendido, causando-lhe dor, moralmente falando, a profundidade em que os efeitos desse ato injusto tiveram o poder de aumentar o seu abatimento e a diminuição de sua resistência, face às contingências que se apresentam, no decorrer da vida.

A gravidade se revela mais acentuada se, em razão de aspectos concernentes à cultura, faixa etária, condição social, formação familiar, a vítima de um ato discriminatório – e aqui especificamente nos reportamos aos portadores de AIDS – vier a refletir uma situação de hipossuficiência.

Finalmente, é chegado o instante de considerar o elemento da legitimidade referente às partes, denominada legitimidade *ad causam*.

No dizer de Alfredo Buzaid, tal legitimidade se liga à “regularidade do poder de demandar, de determinada pessoa, sobre determinado objeto”.¹²

O artigo 5º, X da Constituição Federal estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. A conclusão a que se chega, em vista do texto constitucional, é a de que, havendo concretamente um dano moral, ou material, o ofendido possui legitimidade para pleitear a correspondente reparação indenizatória.

12. Alfredo Buzaid, *Agravo de petição*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1945.

Na hipótese sob apreciação, o portador de AIDS vítima de ato discriminatório, portanto atingido moralmente de forma injusta, encontra-se legitimamente assistido pelo direito de postular, ao Estado, a sua reparação pela conduta lesiva, a qual, vindo a se concretizar, atingiu esse indivíduo em seu universo íntimo e nos direitos personalíssimos imanentes à sua condição de pessoa humana. Veja-se, em tempo, que o montante indenizatório, na situação de danos morais causados por discriminação injusta, não deve ser interpretado como um “preço” estimativo da dor sofrida pelo ofendido, mas, sim, como uma forma compensatória, buscando-se, ao menos, atenuar os sofrimentos causados e os efeitos produzidos pela configuração do dano.

Oportuno se faz ainda salientar o caráter sancionatório da indenização devida, com o objetivo de desestimular, na sociedade, práticas lesivas aos direitos individuais e coletivos (aqui se fazendo, também, uma referência a grupos ou regiões eventualmente lesionadas por atos ilícitos), e, ao mesmo tempo, incentivar comportamentos mais adequados entre os cidadãos, de modo que a paz social seja preservada e o ordenamento jurídico mantido, em todos os segmentos nos quais se projeta o agir humano.

7. OS DIREITOS ESPECÍFICOS DOS PORTADORES DE AIDS

A todos os cidadãos brasileiros e a todos os estrangeiros residentes no país são garantidos, fundamentalmente, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

É bem verdade que o artigo 5º da Constituição Federal, em se tratando de direitos individuais, expressa a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Entretanto, é mister que se faça um trabalho, no sentido de compreender bem as exatas dimensões abrangidas por essa terminologia.

Não se há de confundir a igualdade “sem distinção de qualquer natureza” com o tratamento específico e necessário que se torna exigível com

relação a certos grupos de indivíduos, em razão de circunstâncias sumamente delicadas, cuja seriedade justifica uma gama de cuidados e restrições, que não possuem outro objetivo senão o de lhes assegurar proteção mais completa e eficaz. Isso não configura desrespeito ao princípio isonômico, enunciado no texto constitucional; antes, evidencia o zelo maior do legislador que, ao estruturar as bases de ordenamento jurídico nacional, não foi insensível às situações de risco e de hipossuficiência em que se encontram alguns cidadãos.

Assim, aos portadores do HIV, bem como aos atingidos pela AIDS, são reconhecidos, além dos direitos individuais expostos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, os seguintes direitos específicos, sobre os quais se falará, a seu tempo:

- a) direito ao sigilo;
- b) direito à informação;
- c) direito ao trabalho;
- d) direito ao cuidado médico.

7.1 Direito ao sigilo e direito à informação

O artigo 5º, X da Constituição Federal de 1988 consagra o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

No contexto particular dos portadores de AIDS, assume significado ainda mais expressivo o direito à privacidade.

Há um “quê” de repulsivo em torno da moléstia, de tal maneira que seus pacientes se vêem discriminados, agredidos ou socialmente condenados ao isolamento, a partir do momento em que sua condição se faz conhecida.

Também ocorrem exclusões de clubes, escolas, demais locais de recreação, seguindo-se até mesmo perda de empregos.

Levado pelo medo de sofrer tais prejuízos, muitas vezes o indivíduo se sente inibido em buscar ajuda médica.

Por essa razão, o Código de Ética Médica (CEM) estabelece o sigilo profissional quanto ao diagnóstico e ao tratamento dos pacientes de AIDS e aos pacientes soropositivos ao vírus HIV.

Nesses termos, é vedado ao médico “revelar *fato* de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente”.

Em que pese a extrema pertinência dessa confidencialidade entre médico e paciente, é bem de ver que circunstâncias existem, nas quais o bem-estar social se sobrepõe ao bem-estar individual; nesses casos, a ruptura do sigilo se justifica, desde que não haja exageros.

Como se percebe, em hipóteses de uma periculosidade maior de contágio, quando há envolvimento de maior número de pessoas, como se dá na incidência de uma epidemia, os bens a serem protegidos ultrapassam os limites individuais; são os bens públicos, considerando-se, entre estes, a saúde e a vida de um grupo mais amplo de pessoas.

Mesmo nessas circunstâncias, o médico deve “usar o máximo cuidado a fim de impedir a disseminação de informações relativas ao paciente para além dos limites daquilo realmente necessário, evitando-se, destarte, transtornos de ordem pessoal para este.”¹³

Tenha-se presente, ainda, o aspecto da assistência médica prestada pelos centros específicos para o atendimento de doentes de AIDS. Tais centros, ostensivamente identificados com placas em que a palavra AIDS recebe destaque, já são uma flagrante agressão ao princípio ético do sigilo.

13. Código de Ética Médica, 14, 44, 102, 107 e 108.

Por essa razão, sobreleva-se o imperativo de um aperfeiçoamento do *modus faciendi* das organizações prestadoras de serviços médicos aos portadores de AIDS.

Outro direito dos portadores da supramencionada doença é o direito à informação, correlato ao direito à verdade.

Desse modo, ainda na linha do Código de Ética Médica, é vedado aos médicos deixar de informar ao paciente o prognóstico, o diagnóstico, os riscos existentes e os objetivos do tratamento.

Havendo necessidade motivada pela menoridade ou outro fator determinante, a comunicação médica deve ser feita ao representante legal do paciente.

Com respeito à AIDS, a primeira informação que o paciente deve ter é concernente ao exato conhecimento de seu estado.

Essa informação, cujo direito assiste ao consulente, abrange o direito de passar por exames laboratoriais, através dos quais seja aferida a real constatação de todos os elementos configuradores de cada situação concreta.

É óbvio que para a realização desses exames laboratoriais, bem como dos estudos científicos pertinentes a cada caso, não se pode prescindir do consentimento da pessoa interessada nessas providências.

A história natural da doença deve ser de conhecimento de quem de direito e isso implica, por parte do médico, a utilização de linguagem clara e precisa, acessível ao paciente, a fim de que ele possa tomar decisões importantes sobre o processo terapêutico do qual passa a ser sujeito.

Fiel à verdade, o profissional jamais deve omitir ao doente os elementos constantes de seu quadro clínico.

Não são permitidas pesquisas em seres humanos ou quaisquer experiências, sem o consentimento por escrito daquele sobre quem incidirão tais experiências; a natureza, a finalidade e as conseqüências dessas experimentações devem ser esclarecidas ao paciente.

O direito de se negar a tais procedimentos igualmente se reconhece ao doente, como expressão de seu direito à liberdade de ação, garantido constitucionalmente.

7.2 Direito ao trabalho: generalidades

Retornando à Constituição Federal vigente, seu artigo 6º estabelece entre os direitos sociais a saúde e o trabalho.

Um dos aspectos primordiais, no que tange aos portadores do HIV, é a maneira pela qual os trabalhadores nessas condições devem ser tratados.

Manifesta-se totalmente descabível a atitude discriminatória com que certos empregadores reagem em circunstâncias como essa, especialmente se considerarmos que, devido ao tempo de latência em que o HIV permanece incubado, a pessoa infectada continua em condições de exercer suas atividades.

A conscientização desse fato, aliada à informação de que 90% dos 10 milhões de indivíduos infectados em todo o mundo permanecem trabalhando, são dados referenciais que nos desafiam a estudar melhor, e com critérios mais meticolosos, as implicações possíveis entre a AIDS e o trabalho.

O grande anseio dos indivíduos portadores do HIV, cujas condições pessoais ainda lhes permitem a locomoção e o interagir social, é a continuidade do exercício de seus misteres profissionais, para seu sustento próprio e daqueles que estão sob seus cuidados.

Importante salientar, com respeito a esse aspecto, que o desenvolvimento psicossocial da pessoa humana se dá exatamente através da atuação

de sua capacidade criadora; impedi-la, pois, de trabalhar, unicamente pela simples manifestação da receptividade do vírus da AIDS, é conduta anti-ética e antijurídica, tendo em vista que o direito ao trabalho é fundamentalmente assegurado a todo cidadão brasileiro, no texto constitucional.

Nesse sentir, absolutamente correta a posição tomada pelo CRM-SP, ao sustentar que “a demissão de trabalhadores infectados pelo HIV, além de inaceitável do ponto de vista científico, ético e humano, pode trazer reflexos negativos para a sociedade em seus esforços para conter a epidemia. É óbvio que, privados de seus empregos, e muitas vezes, por consequência, também de assistência médica e de condições dignas de existência, poderão alguns portadores do HIV se encaminhar justamente para atividades que os tornarão mais perigosos no tocante à disseminação da infecção: prostituição, tráfico e consumo de drogas, comércio ilegal de sangue etc.”¹⁴

A esse respeito, a Assembléia Mundial de Saúde fixou tópicos de relevância, quais sejam:

- a) o incentivo do espírito de compreensão e compaixão para com as pessoas infectadas com o HIV e pacientes de AIDS;
- b) a proteção à dignidade dessas pessoas e a contenção de atitudes discriminatórias, capazes de estigmatizá-las quanto a emprego, viagem, ou acesso a serviço;
- c) manter preservada a confidencialidade sobre o teste anti-HIV e auxiliar a indicação de aconselhamento confidencial, bem como outros mecanismos de apoio.

Dentro deste espaço, revela-se já portador de um certo cunho de segregação o teste admissional para HIV, requerido como critério

14. *AIDS e ética médica*. Documento aprovado pela Plenária de 3.5.1988 do Conselho Regional de Medicina de São Paulo.

para seleção. Esta, por si mesma, é uma maneira de agir altamente discriminatória, dado que a presença da infecção no organismo do indivíduo não é causa de incapacidade, além do que a sua evolução não se caracteriza pela exatidão, quanto ao tempo de desenvolvimento.

Todos esses aspectos são mais que suficientes para se chegar a uma mesma conclusão: não é justo que se privem milhões de trabalhadores do exercício de uma atividade profissional, perdendo a oportunidade de lutar por condições mais dignas de vida, da mesma forma que é inadmissível subtrair da sociedade a força viva de trabalho de tantas pessoas com capacidade produtiva, cujo convívio e competição sadia poderiam tão bem contribuir para o progresso sócio-cultural, político e econômico, em cada situação específica.

d) repudiar toda e qualquer invasão à privacidade individual, como, por exemplo, a que ocorre por meio de interrogatórios médicos visando a detectar comportamentos de risco, ou por meio de testes laboratoriais à revelia do candidato ao emprego, condicionando tais testes à possibilidade da aceitação do candidato à vaga.

e) garantir, através de programas educativos, a proteção e o respeito aos trabalhadores com AIDS e aos portadores do vírus HIV.

Ao médico cabe, perfeitamente, o papel de educador, à proporção que desenvolve o seu trabalho no âmbito da medicina; as curas não deverão ocorrer apenas fisicamente, mas também na área psico-espiritual, já que o grande mal a ser extirpado, com relação ao problema da AIDS, é o preconceito, alimentado, muitas vezes, pelo egoísmo e pela desinformação.

7.2.1 Direito ao trabalho: peculiaridades – O empregado aidético

Conquanto o direito ao trabalho seja elencado entre os direitos sociais (art. 6º, CF), é preciso estabelecer a exata diferenciação constatável entre esses direitos e os que dizem respeito aos trabalhadores, em suas situações peculiares de emprego.

Os direitos sociais, conforme ficou esclarecido anteriormente, contemplam o homem face a outros elementos do grupo, em oposição a uma situação individualista.

Os direitos dos trabalhadores priorizam um contexto empregatício próprio, em que os trabalhadores fazem jus a determinadas prerrogativas, que devem ser asseguradas pelas competentes leis trabalhistas.

Portanto, quando a Constituição fala em direito ao trabalho no artigo 6º *caput*, refere-se ao direito genérico, extensivo a todo ser humano, de produzir uma atividade, utilizando sua capacidade criativa, e oferecendo a todo o grupo a contribuição dessa realização concretizada.

Quando, no artigo 7º, a Carta Magna se reporta aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, fá-lo nos moldes específicos de uma relação de emprego e suas subseqüentes decorrências legais, como se extrai do mesmo artigo 7º e seus incisos.

Com amparo nos princípios constitucional da isonomia, evidenciado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, é nosso dever proclamar sempre, em atendimento à proibição legal de “distinção de qualquer natureza”, que o aidético não pode ser discriminado na admissão, ou em qualquer momento do exercício de sua atividade produtiva, por causa da doença.

Não será considerada a AIDS justa causa para despedida do emprego.

Havendo incompatibilidade observável entre a modalidade do trabalho e as condições pessoais do trabalhador, desde que haja agravamento da moléstia, inclusive com a verificação de aumento do risco de contágio, ainda assim deve ser adotado um procedimento humanitário por parte do empregador, no sentido de que não se verifique a discriminação, cuja manifestação, em qualquer caso, será eivada de inconstitucionalidade.

Essas as principais evidências a serem explicitadas com respeito aos direitos trabalhistas do empregado acometido pelo vírus da AIDS.

Urge, na sociedade atual, respeitá-lo, antes de tudo, como ser humano, independentemente da verificação de suas circunstâncias peculiares de vida, de conformidade com os pilares básicos do Estado Democrático, pertinentes à nação brasileira.

7.2.2 Direito ao cuidado médico

Ainda no campo ético, cumpre ressaltar a função do médico, como revitalizador de novas esperanças e novo encorajamento àqueles a quem é dispensado um tratamento eficaz, no caso da AIDS.

Há alguns anos atrás, a medicina, desde o juramento de Hipócrates, concentrava seus principais objetivos numa série de procedimentos voltados para a manutenção das condições de saúde física do indivíduo.

Com as crescentes modificações operadas na sociedade, tais exigências se diversificaram muito.

Em razão disso, o médico, na atualidade, não é apenas chamado a curar o físico, como também – e principalmente – se vê entregue a constantes desafios, entre eles o de desenvolver um sério papel educativo, no sentido de resgatar, em seus pacientes, a sua dignidade humana, bem como fazê-los despertar para possibilidades mais plenas de vida.

Esse é, nos dias que correm, o ponto de honra da ética médica, independentemente de convicções ou sentimentos particulares, despertados pelo doente, quaisquer que sejam os elementos fáticos ensejadores de determinada moléstia, ou configuradores dos motivos de sua manifestação.

Inteiramente cabível, pois, evidenciar aqui o quanto segue: “Todo homem que assume uma profissão, ou toma um cargo, deve fazê-lo integralmente, aceitando o que há de bom e de mau, o prazer e a dor, o lucro

e a inconveniência, sem escolher um ou outro. Aos ministros religiosos cabe pregar, aos capitães lutar, e aos médicos cabe assistir aos doentes”.¹⁵

Não obstante a colocação desses tópicos imensamente relevantes, é de justiça proceder-se à abordagem de outros fatores, cuja influência no problema da AIDS não pode passar despercebida.

A Constituição Federal, no artigo 196, dispõe que: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A sociedade hodierna, dentro desse contexto, deveria contar com uma assistência médica aperfeiçoada pelas instituições, tornando real a letra da lei.

Seria então verdadeiramente eficaz o compromisso assumido pelos setores da saúde, para que todos tivessem à mão recursos com os quais pudessem debelar as doenças – e especificamente falando, agora, no caso, a AIDS.

Mas o que acontece?

Vivemos em um país onde muito se apregoa, em termos de novos tempos, novas posturas políticas, porém a saúde e a educação não são ainda prioridades governamentais – pois, se assim fosse, não estariam morrendo tantos brasileiros desassistidos e entregues à sua própria sorte, enquanto nos noticiários de TV e nos jornais veiculam-se entrevistas em que os representantes do povo, de diferentes áreas, afirmam que “tudo está bem e o Estado brasileiro finalmente caminha para um futuro promissor”.

15. W. Boughurst, *Limografia*, London: JF Payne, 1894, p. 61.

É de se questionar que futuro é esse, considerando-se o crescimento do número dos infectados pela AIDS e das mortes decorrentes da doença, sendo ainda tão reduzidas as oportunidades de recolhimento hospitalar, centros de orientação psicológica e acompanhamento espiritual, para que possa ocorrer a reestruturação do homem todo, diante do mal que o aflige.

O argumento segundo o qual “fazemos a nossa parte” pode aquietar nossas consciências, porém não consubstancia uma solução viável para as situações dramáticas que se revelam.

Faz-se necessário um corajoso empenho, no sentido de que o Estado concretize seus planos, colocando as prioridades da saúde e educação como metas de uma vontade política, voltada essencialmente para o povo e suas necessidades básicas de subsistência, entre as quais a manutenção da vida, em suas mais concretas expressões.

Enquanto não se fizer esse replanejamento de ação e não se realizar esse programa político em que se assista fundamentalmente o povo, as epidemias continuarão a existir, os casos de AIDS continuarão a ocorrer e a omissão dos órgãos governamentais prosseguirá em sua postura antiética, que redundará, ao longo dos anos, em mais mortes, mais abandono e no aumento de novos índices de desalento, face à disseminação desses flagelos.

7.2.3 Dimensão da sexualidade na incidência da AIDS – Direitos do menor paciente

Considere-se, preliminarmente neste item, a Lei n. 10.406/2002, Código Civil brasileiro, que estabelece a maioridade aos dezoito anos.

A forma pela qual cada indivíduo se relaciona com sua sexualidade corresponde à maneira de enfocar as conseqüências advindas de tais comportamentos.

Entre os direitos à integridade física, firma-se o direito à vida e o direito sobre o próprio corpo, incluindo-se aqui a liberdade intransferível

de decisão pessoal, no que concerne a como manter o relacionamento com seu próprio corpo e com o mundo.

Quando se fala em sexualidade, faz-se mister defini-la não apenas sob o prisma das funções genitais, mas de modo pleno, como “a condição masculina ou feminina que impregna a personalidade de cada indivíduo e que constitui uma dimensão fundamental da natureza humana.”¹⁶

As questões pertinentes ao exercício da sexualidade, particularmente se considerarmos os comportamentos íntimos dos quais são provenientes os distúrbios da contaminação da AIDS, ensejam posicionamentos mais delicados, em que os preconceitos dêem lugar a um diálogo melhor adequado à transmissão de conhecimento, informação e formação, de molde a conduzir a juventude a uma efetiva mudança de mentalidade e linhas de ação.

Isso implica reabertura das análises éticas vinculadas ao direito de privacidade. Nesse campo, a confidencialidade e o respeito à vivência de sua sexualidade, para o menor de dezoito anos, constitui importantíssimo aspecto a ser priorizado.

É bem de ver que mesmo que o adulto tenha seus pontos de vista particulares, não pode ele impedir que seus filhos menores de dezoito anos sejam positivamente orientados, para que adquiram condições mais viáveis de fazer frente às mazelas sociais e, no caso da AIDS, para que tenham melhores recursos de prevenirem-se e dela se resguardarem.

Ao médico compete trabalhar cuidadosamente com esses fatores, já que a ruptura da privacidade e da confidencialidade, que são direitos individuais do adolescente, poderia causar transtornos irreversíveis.

Mais uma vez, a Ética Médica vem em auxílio dos pacientes infectados pelo vírus HIV e pela AIDS, desta feita contemplando o menor paciente.

16. José Maria Monteoliva, *A sexualidade*, São Paulo: Loyola, 1992, p. 89.

É o que prescreve o artigo 103 do Código de Ética Médica: “É vedado ao médico revelar segredo profissional, referente a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou responsáveis legais, desde que o menor tenha capacidade de avaliar seu problema e de conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-lo, salvo quando a não revelação possa acarretar danos aos pacientes.”¹⁷

8. AIDS: SITUAÇÃO FÁTICA E VISÃO JURÍDICA – QUESTIONAMENTOS QUE SE IMPÕEM

Estamos diante de um panorama social bastante multifacetado: as constantes conquistas científicas têm-nos maravilhado dia a dia.

A esse fator corresponde, indubitavelmente, uma transformação de mentalidade em todos os sentidos, de forma que ao homem de hoje se coloca o imperativo: ou acompanha o caminhar dos tempos, adaptando-se com inteligência às mudanças, ou permanece estático, completamente inerte ante tais desafios, e, nesse caso, deve aceitar o isolamento social, ao qual, de imediato, ver-se-á entregue.

Essa é uma contingência natural dos processos sociais, cujas manifestações atingem e envolvem todos os membros da sociedade, mesmo de maneira diversificada.

A busca de objetivos comuns intensifica o contacto, ao passo que o ato de afastar-se e desinteressar-se do processo evolutivo do grupo gera o isolamento.

Em suma, “contacto e isolamento são os pólos da distância social, embora não ocorram de maneira absoluta”.¹⁸

17. *Código de Ética Médica* (CEM) – Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.246/88, publicada no *Diário Oficial da União*, de 26 de janeiro de 1988.

18. Salim Sedeh, *Princípios de sociologia geral*, 4. ed., Michalany, 1963, p. 130.

Entre as manifestações dos efeitos de tais processos de interação, tornam-se aferíveis maneiras diversas de reações individuais ou de grupos às várias contingências surgidas, pois as filosofias de vida, crenças pessoais e estágios culturais de cada ser humano não se assemelham.

É o que ocorre, por exemplo, com o enfoque concernente à propagação da AIDS.

Quanto mais se rebelam intensos e complexos os contactos sociais, mais abertos e amplos os modos de trabalhar a sexualidade, maiores são as opções de se admitir uma ou outra forma de abordagem do problema originado pela disseminação do vírus do HIV, acompanhada de suas resultantes subseqüenciais.

Paralelamente a esse desdobramento fático, é de se notar a preocupação dos instrumentos legais, através da atenta observação de seus elaboradores, em contemplar as situações inéditas que, passo a passo, vão registrando o seu aparecimento nos grupos.

Desse modo, os vários ramos do Direito oferecem aspectos que se intercomplementam, enriquecendo o conhecimento do assunto – cuja análise se impõe, a bem da sociedade – em diferentes acepções.

Assim, faz-se possível o trato da AIDS face ao Direito Público, Privado, Social, bem como se faz viável o estudo do comportamento humano face às instituições sociais, tal como ocorre com a instituição da família.

Com esse objetivo, proceder-se-á ao levantamento de determinados questionamentos, na tentativa de que respostas sejam encontradas.

8.1 AIDS e o Direito Privado

As relações dos indivíduos entre si intensificam o processo de interação social e necessitam de um conjunto de normas para serem regulamentadas.

A esse conjunto de normas se denomina Direito Privado, cujas áreas componentes são: Direito Civil e Direito Comercial.

No campo do Direito Civil, no que tange à proliferação da AIDS, existem tópicos de relevância a serem abordados, um dos quais se reporta ao casamento.

Será justo colocarem-se limites ao direito ao matrimônio, sendo este proveniente – como deve ser – do amor entre um homem e uma mulher?

O Direito positivo, no afã de oferecer perspectivas de raciocínio sobre tais questões, tem feito com que sejam discutidos pontos pertinentes às necessidades de cunho biológico e social, tais como o inter-relacionamento entre os cônjuges.

Por exemplo, deverá a AIDS vir a ser uma causa impeditiva do casamento?

Qual o posicionamento correto acerca dessa doença e de outras doenças graves referentemente ao enlace matrimonial?

Não obstante essas inquirições sejam abarcadas pelo foro íntimo do casal, o Direito obriga que as pessoas se declarem portadoras da doença, caso se encontrem dela acometidas, para que não se concretize a probabilidade de anulação do casamento, sob fundamento do artigo 1.557, III do Código Civil, como se enuncia: “ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência”.

Com respeito ao divórcio, regulamentado pela Lei n. 6.515/77, subsiste no cômputo das fundamentações que o alicerçam a moléstia grave de cunho mental (art. 5º, § 2º), capaz de impossibilitar a continuidade da vida em comum.

É importante, a esta altura, considerar os seguintes itens: a moléstia mental sobre a qual poderá estribar-se o pedido de separação judicial, que

posteriormente será convertida em divórcio, deverá ser posterior à concretização do casamento.

Outro item significativo: no caso da AIDS, como tratar a obrigação do débito conjugal, mais explicitamente, o dever recíproco de união sexual?

Como ficará a situação do cônjuge não doente? Não lhe assistirá o direito de resguardar sua saúde, deixando de praticar ato sexual com seu cônjuge sabidamente contaminado?

Quer-nos parecer urgente uma reavaliação e reestruturação da lei, no que pertine a esses tópicos, pois o artigo 5º, *caput* da Lei n. 6.015/77 estabelece como um dos pilares da separação judicial a “conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”. Nessas contingências, será viável classificar-se de “conduta desonrosa” a não realização do ato sexual pelo cônjuge saudável, visando à preservação de sua saúde?

Mais que isso, não será o momento de se cuidar da ampliação do artigo 5º, parágrafo 2º da Lei n. 6.015/77, com vistas à inserção da AIDS e de outras moléstias graves de natureza física (e não apenas mental) como ora se tem na lei?

Dentro ainda do âmbito dos presentes questionamentos, qual será a reflexão possível, sob o prisma religioso? Diante de tantos desafios, que dirá a Igreja a respeito?

Referentemente ao Direito Privado, prosseguem, ainda, as análises factíveis.

8.2 Os direitos à procriação e à vida do embrião sob o risco de moléstia grave

Há de se contemplar, sob novo prisma, o direito à procriação, uma vez que se tenha pais aidéticos.

Será justo trazer ao mundo uma criança infectada, com uma oportunidade de vida já atingida pelo peso de uma doença incurável?

Se nosso posicionamento se inclina a considerar mais favoravelmente o respeito ao direito à procriação, entendendo-o inviolável, até mesmo no aspecto da geração de uma criança aidética, deve-se cuidar também do outro lado do questionamento: existe o direito à vida do embrião, ou seja, uma vez gerada, a criança tem o direito ao cumprimento de seu ciclo vital, da mesma maneira que o aidético adulto tem garantidas as suas condições de vida.

8.3 O poder familiar e a guarda dos filhos face à incidência da AIDS

O poder familiar, anteriormente denominado pátrio poder, se define como “o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores”.¹⁹

Com relação à hipótese de contaminação de AIDS, não é ela componente do rol de causas de suspensão, ou de extinção do poder familiar.

Vale dizer que se o genitor, aidético ou não, vier a exorbitar suas prerrogativas, abusando de sua autoridade, ou se omitindo à observância de seus deveres, estará incorrendo nas conseqüências advindas dessas práticas.

Não obstante o Código Civil brasileiro ainda não incluir a AIDS ou quaisquer outras doenças graves como possíveis causas da caracterização do estado de abandono que justifique a perda do poder familiar, é necessário uma urgente readaptação, para acolher, tanto doutrinária como legalmente, as novas circunstâncias que se delineiam, ao impacto da evolução social, dado que uma série de novos fatores determinam estruturas jurídicas mais compatíveis com as realidades culturais de nossos dias.

19. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, 27. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 277.

Não se pode fugir à possibilidade de que o pai, ou os pais, no exercício do poder familiar venha (ou venham) a se prevalecer da condição de aidético (ou aidéticos) para subtraírem-se ao cumprimento do poder familiar, incorrendo no abandono do menor (art. 1.638, II).

Ainda com respeito à AIDS, é oportuno dizer que essa doença pode vir a ser causa de perda da guarda dos filhos, não somente pelas implicações de ordem física, como também pelas conseqüências que se operam sob o prisma psicológico.

Tenha-se em mira a necessidade de resguardar a incolumidade biopsicossocial da prole.

Todos esses pontos são absolutamente urgentes, no que tange à sua apreciação, à luz do enfoque jurídico.

8.4 O direito das coisas e o direito da sucessão: sua manifestação, nos casos de AIDS

Recordemos, oportunamente, o conceito de direito das coisas: “o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem.”²⁰

A interpretação dessas linhas conceituais nos dá conta de que o direito das coisas se reporta às coisas materiais; concerne, portanto, à propriedade e aos desmembramentos naturalmente dela decorrentes.

Tanto assim é que Ahrens formulou sobre o direito de propriedade a seguinte definição: “a projeção da personalidade humana no domínio das coisas.”²¹

Isso posto, transportemos-nos novamente para o contexto da situação vivenciada sob a incidência da AIDS: como poderá o aidético exercer o seu direito de propriedade?

20. Clóvis Bevilacqua, *Direito das coisas*, p. 1-9, apud Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito das coisas*, 27. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1989, v. 3, p. 1.

21. Ahrens, *Cours de droit naturel*, p. 303, apud Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito das coisas*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, v. 3, p. 1.

A evolução da doença, entre outros efeitos, causa a diminuição do gozo de suas capacidades de raciocínio e discernimento.

Esse estado mental tende a caminhar para uma completa impossibilidade de exercer seus direitos, tomar decisões, ou proceder a quaisquer atos, portadores de um conteúdo lógico.

Desnecessário dizer que, nesse caso, o aidético poderá equiparar-se ao alienado, podendo recair na incapacidade absoluta, prevista no artigo 3º, II do Código Civil.

Compreensível, pois, a atitude de quem procura obstar esses comportamentos, através do processo de interdição, culminando com a conseqüente nomeação de um curador para o doente de AIDS.

Não se deve vislumbrar aqui uma intenção de impedir o exercício dos direitos patrimoniais ou de propriedade do aidético, mas, apenas, o de resguardar tais direitos, não permitindo que a falta de condições mentais seja a causa da prática de atos prejudiciais a si próprio ou a outrem.

As mesmas disposições supra são válidas para o exercício da capacidade contratual.

Uma palavra ainda sobre a sucessão hereditária. Efetivamente, não se afirmará que o aidético não pode ser herdeiro, pois isso não corresponde à verdade dos fatos.

Mesmo afetado pela doença, o indivíduo é sujeito de direitos: essa qualidade é ínsita ao ser humano, conforme nos declara o artigo 1º do Código Civil: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.”²²

22. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: parte geral*, 28. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 60.

O que pode ocorrer é que, em razão da contaminação, o aidético se encontre em situação psicológica e mentalmente desfavorável ao exercício desses direitos.

Nesse caso, falta-lhe a capacidade de exercício, também denominada capacidade de fato.

A conclusão daí procedente é a seguinte: não se deixará de reconhecer ao aidético a sua qualificação de herdeiro, mas tão-somente lhe será dado um curador, por meio de quem esse herdeiro possa exercer os seus direitos, considerando-se urgente a observância do artigo 1.767, I do Código Civil, dado que a evolução da AIDS pode, como já se evidenciou linhas atrás, provocar reações depressivas ou reveladoras da diminuição das capacidades mentais do indivíduo.

Questão das mais importantes, ainda neste contexto, pertine aos “intervalos lúcidos”. Por outras palavras: os atos praticados pelo aidético, a quem não assista plena capacitação mental, em intervalo de precária lucidez, como devem ser considerados pelo Direito?

Permanecem abertos os debates às colocações que se fizerem cabíveis.

8.5 AIDS e o problema da prodigalidade

Existe o caso da prodigalidade, prevista no artigo 4º, IV do Código Civil brasileiro, a exigir nossa atenção.

O aidético alienado não apenas se encontra impedido de contratar, exercer direito de propriedade ou quaisquer outros direitos; também se encontra cerceado no que diz respeito à gestão do patrimônio que lhe é próprio.

Nessas hipóteses, a assistência do Ministério Público, bem como a presença do curador, manifestam-se absolutamente imprescindíveis.

A dilapidação dos bens, de forma desregrada (prodigalidade) pode ser detectada em casos de doenças terminais, circunstância em que o indivíduo, inconformado com a proximidade da cessação de vida, passa a gastar desordenadamente e a dispor de seus bens de maneira impensada, procurando dar vazão à sua angústia.

É preciso, na ocorrência de situações como essa, delimitar muito bem qual a dimensão dos atos praticados pelo pródigo.

À Justiça cabe garantir a proteção do pródigo, porém, em tais contingências, torna-se imprescindível verificar, concomitantemente, se o doente não está sendo prejudicado, através de atos de manipulação de seus direitos e interesses.

Como é possível aferir, a questão comporta ângulos diversos, originados por uma mesma constatação fática.

Há de se cuidar, criteriosamente, portanto, de todos os detalhes atinentes a cada um desses aspectos, a fim de que seja viável um caminho para as soluções.

9. DIREITOS SOCIAIS: ESPECIFICIDADES DE SUA MANIFESTAÇÃO NOS CASOS DE AIDS

9.1 Direitos sociais

Cumpre-nos adentrar, agora, o espaço ocupado pelos direitos sociais, expressos no texto constitucional, no artigo 6º.

Enquanto o artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre os direitos individuais, considerando cada cidadão em seus direitos fundamentais, o artigo 6º da mesma Carta estabelece os direitos do cidadão, referentemente ao grupo social, ao contexto histórico, político e cultural do qual faz parte e ao qual se vê inserido, de vez que nele desenvolve uma atividade.

Essa é, aliás, a característica marcante dos direitos sociais: através deles, diversas atuações do homem são contempladas, “visando o bem-estar e o pleno desenvolvimento da personalidade humana”.²³

No que concerne ao aidético, nenhum dos direitos sociais enunciados pelo artigo 6º da Constituição Federal de 1988 pode ser negado; ao contrário, cada um dos direitos ali transcritos, quais sejam, educação, lazer, saúde, trabalho, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, ainda com maior empenho deve ser assegurado, em se tratando dos portadores da AIDS, circunstância que, por si só, determina maior vulnerabilidade e carência dos seres humanos. Justifica-se, pois, sobremaneira, essa relevância crescente dos direitos sociais, nessa realidade factual.

9.2 Direito de associação

Como expressão da busca de soluções para as contingências inéditas, surgidas pela disseminação da AIDS, tem-se, na atualidade, o direito de associação, consubstanciado na reunião em casas de tratamento e acolhida para pessoas qualificadas por circunstâncias específicas.

Um exemplo dessas instituições voltadas para a proteção social, jurídica e econômica dos portadores do mal retromencionado, no Estado de São Paulo, é a Casa do Sol Nascente, ligada à Obra Social Nossa Senhora da Glória da Paróquia Nossa Senhora da Glória de Guaratinguetá.

Indubitavelmente, essas comunidades visam à proteção e promoção do ser humano de forma integral, respeitando-o em sua dimensão física, moral e intelectual.

A Casa do Sol Nascente acolhe portadores do vírus HIV no grau 4 (fase terminal da doença) e lhes confere, inclusive, o necessário

23. Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 227.

fortalecimento espiritual, para que tenham, até o último instante, condições dignas de sobrevivência.

Permanece claro que esse convívio não é absolutamente compulsório, de vez que Constituição Federal vigente garante o direito à liberdade de associar-se.

9.3 Direito Previdenciário

Não se pode afirmar que nosso sistema jurídico previdenciário esteja surdo às manifestações de certas doenças graves, de repercussão rápida no quadro coletivo.

O mal de Hansen e a silicose já foram devidamente considerados para a fixação de normas, com o objetivo de concessão de licenças e aposentadorias àqueles que demonstrarem indícios de acometimento de tais males.

Entretanto, não estamos em tempo de nos deter ante conquistas já solidificadas.

As mutações sociais e comportamentais, as alterações reacionais dos indivíduos, em vista dos desafios propostos pelos meios de comunicação transmissores do pensamento do homem moderno, provocam uma série de fatores ainda não verificáveis em tempos passados – daí o cunho de novidade – e, conseqüentemente, os resultados dessas práticas podem culminar no aparecimento de novas doenças.

No caso da AIDS, a intensificação com que se tem operado o contágio é elemento preponderante para que o Direito Positivo Previdenciário seja receptivo a essa moléstia, no sentido de inclui-la no seguro-doença, pelo menos em proporção mínima para cada empresa securitária.

Já não é sem tempo que o segurado que estiver sofrendo de AIDS receba efetivamente o amparo legal que lhe é devido pelo Estado.

Cumpra ao Congresso sensibilizar-se diante dessa realidade e, impulsionado por uma vontade política concreta e eficaz, passar dos projetos à ação, respondendo, assim, sem demoras, às necessidades e interesses do povo.

10. O DIREITO PENAL E A AIDS. O AIDÉTICO: AGENTE OU VÍTIMA?

10.1 O nexo causal entre o agir e o resultado da ação

A questão da AIDS, sob o ponto de vista criminal, comporta análise mais criteriosa.

É nitidamente perceptível, no campo das pesquisas concernentes à área da saúde, a tendência de compreender o aidético como uma vítima.

Os próprios depoimentos trazidos a público apresentam o aidético mais como alguém vitimado pelo contágio (muitas vezes, atribuindo-se esse contágio a fatores laboratoriais) que propriamente como agente de determinados atos capazes de conduzi-lo ao risco da contaminação.

A facilidade com que se tem responsabilizado os laboratórios e as transfusões de sangue como causadores da evolução do quadro da AIDS no Brasil tem, fora de dúvida, tornado cada vez mais protelável a discussão sobre a reavaliação dos valores morais na atualidade, visto que a propensão em que grassa a liberalidade excessiva nos relacionamentos humanos aumenta a incidência da contaminação pelo vírus HIV, pelos desmandos sexuais cometidos, em nome dessa pretensa liberdade.

A verdade é que muitas vezes o indivíduo infectado se torna agente de uma série de outras contaminações; nesse caso, já não se pode considerá-lo vítima, e sim sujeito ativo, cujo comportamento revela, claramente, a intenção de estender a doença a outras pessoas.

É comum ouvir-se, nessas circunstâncias: “Morro, mas levo outros comigo”.

Caracteriza-se então a figura tipológica do artigo 131 do Código Penal, sendo, conforme demonstra o arquétipo, indubitável o dolo, expresso na construção fraseológica: “Praticar, com o fim de transmitir a outrem doença grave, de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio”.

De forma alguma se há de acolher, aqui, a possibilidade de desconhecimento da situação de contaminação pelo doente, pois o ato capaz de produzir o contágio é praticado com o exato objetivo de transmitir a outra pessoa, intencionalmente, a doença.

Essa é a realidade do aidético que, perfeitamente consciente de seu estado, pratica ato pelo qual se efetiva o contágio.

Impossível, em hipóteses como essa, excluí-lo à responsabilidade criminal por sua conduta.

De muitos outros matizes pode se apresentar ainda a responsabilização penal, como, por exemplo, nos fatos em que profissionais de laboratórios dolosamente introduzem em uma vacina um vírus ativo de AIDS, viabilizando a disseminação da doença, de maneira realmente alarmante, em toda a área social compreendida pelo alcance de tal ação.

Evidentemente não se deve olvidar a possibilidade de contaminação culposa, perpetrada por atos de imprudência, negligência ou imperícia, tendo como sujeito ativo o próprio aidético, enfermeiros ou outros profissionais hospitalares.

Cada caso exigirá, a bem da justiça, uma avaliação fidedigna de todos os elementos componentes, levando-se em conta todos os dados referenciais da situação fática que os circunscreveu.

Importante é a fixação da posição ocupada pelo aidético no campo social: que seja protegido, sim, quanto aos seus direitos como cidadão, mas que assuma as conseqüências de seus atos, enquanto agente de seu próprio meio.

10.2 Responsabilidade criminal do aidético e de terceiros: hipóteses de configuração

Um dado de toda essa problemática que precisa ficar muito nítido, ainda sob o prisma da responsabilidade criminal em matéria de AIDS, é concernente ao pólo em que se encontra o aidético, ou seja: vítima ou delinqüente. Abre-se, em tempo, um espaço, aqui, para o terceiro delinqüente.

É muito mais forte a tendência de se focalizar o doente de AIDS como vítima, e em tais circunstâncias cabe, inclusive, colocá-lo como vítima de omissão de socorro, crime tipificado pelo artigo 135, Código Penal.

Desenvolve-se, então, toda uma atividade, no que tange à responsabilização dos órgãos públicos.

Realmente, como foi dito em momento anterior, a sociedade há de estar melhor capacitada a atender seus membros, porém pouco se poderá fazer enquanto não houver, por parte dos superiores escalões governamentais, uma efetiva vontade política, com vistas a ultrapassar a órbita intencional e chegar, de fato, à ação concreta, com a finalidade de priorizar, neste país, a saúde, bem como a educação do povo, agindo de modo mais coerente com o objetivo de valorizar a vida, respeitá-la e saber dela dispor, direcionando-a para o bem.

De nada adianta reconhecer ao aidético a sua condição de vítima de um sistema político e social, imputando ao Estado a responsabilidade por uma omissão de socorro concretizada em tantos hospitais, se não se fizer um sério trabalho voltado à reestruturação dos valores pelos quais o comportamento humano se conduz.

O problema da AIDS continuará a existir, enquanto o ser humano não voltar a se sentir responsável não apenas por sua vida, mas pelo caminhar do mundo, do qual ele também é construtor.

Nesse sentido, as campanhas visando à divulgação de preservativos, ou, havido o contágio, a consideração do aidético como vítima dos órgãos públicos que não lhe oferecem a necessária assistência, funcionam como meros agentes paliativos, retardando a abordagem direta dos problemas surgidos, no que concerne aos fatores essenciais determinantes de tais situações.

Especialmente, nota-se uma sensível dificuldade no que diz respeito à colocação do aidético como delinqüente.

O dano causado pelo aidético poderá ser culposos ou doloso e, em tais hipóteses, não há como deixar de responsabilizá-lo pela prática do ato delituoso e pela consequência dele.

E não poderia ainda, o aidético, havendo causado dano como agente transmissor da doença, vir a se omitir do socorro que deveria ser prestado àquele que, relacionando-se com ele, se encontra agora necessitado de ajuda?

Como se observa, há uma gama de possibilidades em torno das quais gravitam as manifestações da responsabilidade criminal.

Há que se considerar também, para uma abordagem completa, a hipótese de dano causado por terceiro delinqüente. É o que acontece com a alteração de vacinas, manifestando-se, no ato, uma intenção pré-ordenada de ocasionar o contágio.

Nesse caso, a qualidade de terceiro se estabelece, pois o agente é estranho à relação material existente entre os parceiros da ligação sexual, e a transmissão do vírus do HIV não se opera em função de tais relacionamentos íntimos, e sim por outros meios, externos ao contacto sexual.

Ainda assim, a responsabilidade penal é viável, devendo ser imputada ao terceiro delinqüente, cuja ação criminosa terá uma abrangência ainda maior, quanto a seus efeitos.

CONCLUSÃO

De tudo quanto se expôs, sobressaem os seguintes pontos, significativos por sua relevância:

a) urge uma completa revisão de conceitos e posturas pessoais, neste século XXI, sobre as novas situações advindas da propagação da AIDS, considerando-se suas conseqüências para a vida social do portador;

b) essas conseqüências se tornam constatáveis em vários setores da vida do indivíduo, agente em seu meio social, eis a razão pela qual tais situações comportam uma análise globalizada de todos esses fatores;

c) para que seja colimado o objetivo de um tratamento mais humanitário aos portadores de AIDS e a todos os indivíduos, em geral, há de se exigir, do cidadão da atualidade, uma atitude depurada de quaisquer reações preconceituosas no trato desses temas, não somente em termos de convivência social, quanto da proteção legal cabível, no que se refere à esfera jurídica.

PROTEÇÃO JURÍDICA AOS PORTADORES DO HIV E ÀS PESSOAS QUE VIVEM COM AIDS ASPECTOS TRABALHISTAS, PREVIDENCIÁRIOS E ASSISTENCIAIS

Renato Campos Pinto de Vitto¹

Resumo: A Constituição Federal de 1988 avançou na positivação dos direitos sociais, mas a consecução dos objetivos nela proclamados esbarra, em especial, no problema da não efetividade dos direitos humanos de segunda geração. Os portadores do HIV e pessoas que vivem com AIDS, por razões históricas, encontram-se em situação de vulnerabilidade em relação a seus direitos, notadamente na seara das relações de trabalho. A Previdência e Assistência Social não se desincumbem adequadamente de sua finalidade em relação aos portadores do HIV e pessoas que vivem com AIDS. Há de se adotar um conjunto de medidas para a efetivação da dignidade dos portadores do HIV e pessoas que vivem com AIDS.

Sumário: 1 - Introdução; 2 - Dos destinatários da proteção; 3 - Aspectos Trabalhistas da proteção jurídica; 4 - Aspectos previdenciários; 5 - O benefício assistencial de prestação continuada; 6 - Conclusões.

1. Procurador do Estado de São Paulo da área de Assistência Judiciária. Membro do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE/SP.

DIREITOS HUMANOS NO COTIDIANO JURÍDICO

1. INTRODUÇÃO

Os chamados direitos humanos de segunda geração traduzem a necessidade de uma atuação positiva ou prestacional do Estado, no sentido de salvaguardar a dignidade da pessoa humana. Nesse passo da evolução dos direitos fundamentais, não mais basta ao Estado submeter-se às limitações impostas pela Constituição, observando os direitos civis e políticos do indivíduo; se lhe impõe ir além, minimizando a vulnerabilidade da pessoa humana, através de ações positivas, o que constitui, em contrapartida, um direito de crédito para o indivíduo, um direito de exigir a adoção de atos e implementação de políticas por parte do ente estatal, a fim de ver satisfeitas suas necessidades básicas. Nesse contexto situam-se os direitos sociais, que abrangem o direito ao trabalho, à previdência e assistência social.

Cumprir observar, no entanto, que a efetividade dos direitos humanos de segunda geração constitui o seu calcanhar-de-aquiles. Muito embora a Constituição Federal de 1988, também batizada Constituição Cidadã, tenha dado passos largos no sentido de positivizar uma série de preceitos atinentes aos direitos fundamentais de segunda geração, dedicando todo um capítulo para a disciplina dos direitos sociais, poucos avanços práticos puderam ser notados desde sua edição.

O direito social ao trabalho, aqui colocado como o direito de acesso a uma profissão, à orientação e formação profissionais, continua sendo interpretado sob o signo das normas programáticas e, como tal, desprovido de efetividade. Os índices de desemprego continuam alarmantes, ao passo em que entra em pauta de discussão a chamada flexibilização dos direitos trabalhistas, colocando-se em xeque conquistas sociais históricas.

A previdência social, cuja reforma igualmente volta à baila, continua sendo vista como instituição que deve gerar superávit, perdendo-se no tempo a noção de universalidade do direito correspondente. No âmbito estritamente previdenciário, nem sequer se cogita da idéia de que toda

pessoa tem direito de ser protegida dos riscos sociais, independentemente de sua situação patrimonial, ou da condição de contribuinte, como vem estampado no artigo 9º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais². Ao revés, robustecem-se as proposições de privatização da previdência, que, de direito social, passa a ser vista como um negócio lucrativo.

Por fim, no campo da assistência social que deveria constituir a face universalizante da seguridade social, poucos passos foram dados em relação às políticas de amparo aos materialmente necessitados. Quase quinze anos após a promulgação da Constituição Cidadã, mantêm-se incólumes os chocantes índices de concentração de rendas e de exclusão social. Por outro lado, o próprio regramento infraconstitucional do benefício de prestação continuada, um dos principais instrumentos da assistência social, previsto no artigo 203, inciso V da Carta Magna³ tornou mais dificultosa a sua concessão administrativa e, por conseguinte, a sua função de redução das desigualdades materiais.

Nesse contexto de crise dos direitos fundamentais de segunda geração, nos propomos a proceder a uma pontual e despretensiosa análise dos instrumentos jurídicos invocáveis na proteção do portador do HIV e da pessoa vivendo com AIDS.

2. "Os Estados-partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social". A propósito, anota Fábio Konder Comparato: "A afirmação do direito de todos, sem exceções, à previdência social significa, claramente, que o exercício deste direito não pode ser condicionado à situação patrimonial das pessoas e, menos ainda, à existência de um contrato formal de trabalho. Exatamente porque se trata de um direito humano, isto é, de uma exigência de respeito elementar à dignidade do homem, não pode haver pré-condições à fruição desse direito." (*Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Sarai-va, 1999, 18o cap., p. 318).

3. Constituição Federal: "Artigo 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V - a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei."

2. DOS DESTINATÁRIOS DA PROTEÇÃO

“Dir-se-ia que quase todos ficaram idiotizados ao ver tanta dor. E é impossível para a língua humana narrar a horrível verdade. Em realidade, quem não viu coisas tão horríveis pode considerar-se bem-aventurado (...). O pai abandonava o filho, a mulher o marido, e o irmão ao irmão, pois esta enfermidade parecia atacar pelo ar e pela vista. E assim morriam. E não se achava ninguém que enterrasse os mortos por amizade ou dinheiro. Os membros de uma família levavam seus mortos em um lençol, como podiam, sem sacerdote, sem ofícios divinos” – descrição da peste negra feita pelo cronista Agnolo de Tura (o gordo).

Há aproximadamente duas décadas, foram noticiados os primeiros casos do que veio a ser identificado como a Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS. Marcada a ferro, inicialmente, pelo absurdo rótulo da “peste *gay*”, notou-se que a infecção pelo vírus HIV transcendia os homossexuais masculinos. A síndrome⁴ passou a ser associada, num segundo momento, a determinados “grupos de risco”, dentre os quais também se incluíam as prostitutas e usuários de drogas injetáveis. No entanto, a evolução dos estudos médicos forneceu subsídios seguros para sustentar a conclusão de que não existem propriamente “grupos de risco”, mas comportamentos de risco.

A despeito de tal revelação, a estigmatização do portador do HIV gerou conseqüências nefastas, sendo, ainda hoje, fonte de discriminação, ignorância e incompreensão, a exemplo do que circunda as epidemias, em uma perspectiva histórica. De certa forma, pode-se afirmar que a descoberta da síndrome trouxe à tona falsas representações, como doença-maldição ou doença-punição, associadas a um falso moralismo e a crenças religiosas, o que constitui campo fértil para o preconceito.

4. A AIDS não constitui propriamente uma doença, mas uma síndrome que, vulnerando o sistema imunológico, abre campo para as chamadas doenças oportunistas.

Atualmente, estima-se que no Brasil haja cerca de seiscentas mil pessoas, entre portadores de HIV e pessoas vivendo com AIDS⁵. Cumpre salientar que não se confundem as situações do portador do HIV, o qual, em média, demora entre oito e dez anos para começar a desenvolver os sintomas da síndrome, e da pessoa vivendo com AIDS. O fato de o indivíduo apresentar sorologia positiva para o HIV não significa que ele viva com AIDS. A condição de portador, por si, não implica qualquer espécie de limitação física ou laborativa. Por outro lado, denomina-se pessoa vivendo com AIDS o indivíduo que já apresenta os sintomas caracterizadores da síndrome, o qual, pode ou não, de acordo com o quadro clínico, ter limitação na capacidade laborativa.

Acentue-se, ainda, que estudos estatísticos atuais apontam tendência de feminilização, juvenilização, interiorização (deslocamento geográfico dos pólos de infecção para além das capitais) e pauperização⁶ (em relação à inserção sócio-econômica das vítimas de contaminação) da epidemia. O conjunto dos fenômenos apontados reclama especial atenção, tendo em vista que os grupos que passam a ser infectados pelo vírus HIV já constituem, por sua condição, vítimas potenciais de violações aos seus direitos fundamentais.

De todo modo, a ignorância e intolerância em relação às pessoas que vivem com HIV ou AIDS são uma realidade que colide frontalmente com o princípio da dignidade humana, pedra angular do sistema de proteção dos direitos humanos.

Ao operador do direito incumbe, pois, o conhecimento dessa realidade fática e do arcabouço jurídico invocável em favor das pessoas vivendo com HIV e AIDS.

5. Dados divulgados pela Coordenação Nacional de DST e AIDS do Ministério da Saúde disponível em <www.aids.gov.br>, acesso em 12 de fevereiro de 2003.

6. O último fenômeno apontado demanda especial atenção dos Defensores Públicos e Procuradores de assistência judiciária, dada a especial disseminação da epidemia na categoria dos beneficiários dos serviços por eles prestados.

3. ASPECTOS TRABALHISTAS DA PROTEÇÃO JURÍDICA

Como já salientado, a análise da proteção jurídica dos portadores do HIV e da pessoa vivendo com AIDS se afigura tormentosa, diante de um contexto em que os direitos sociais, como um todo, são postos em xeque. No entanto, há situações que merecem especial atenção em relação ao objeto do nosso estudo, e que apresentamos a seguir.

3.1 Exames pré-admissionais ou periódicos

Extrai-se da CLT, na seção que cuida das medidas preventivas de saúde do trabalhador, o seguinte dispositivo:

“Artigo 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho.

I - na admissão;

II - na demissão;

III - periodicamente;”

Uma primeira leitura do mencionado artigo poderia induzir à conclusão de que é facultada ao empregador a exigência de exames pré-admissionais ou periódicos, a fim de se constatar se o empregado ou candidato ao emprego é portador do HIV.

No entanto, tal conclusão se afigura equivocada, na medida em que a Constituição Federal consagra o direito de intimidade⁷, que adquire especial relevo para o portador do HIV. Ademais, pode-se afirmar que, à luz do

7. Constituição Federal: “Artigo 5º, inciso X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

princípio da legalidade, é vedada, em qualquer circunstância, a realização de sorologia compulsória para HIV, bem como a divulgação do resultado do exame, sem anuência do interessado.

Poder-se-ia objetar que, em contrapartida, assiste ao empregador o direito de informação, igualmente alçado em nível constitucional. No entanto, o argumento não prospera, na medida em que tal direito se reveste de caráter bilateral, ou seja, só pode ser afirmado quando o ordenamento jurídico atribua a determinada pessoa o dever de informar, o que não ocorre em relação às pessoas vivendo com HIV ou AIDS.

Ademais, uma interpretação teleológica e sistemática da sobredita norma autoriza afirmar que ela impõe um dever ao empregador, com o único escopo de garantir a concretização da segurança do trabalho. Desse modo, não se afigura legítima a imposição de realização de sorologia compulsória, na medida em que não há risco de contaminação nas relações sociais e de trabalho do portador do HIV.

Por fim, há de se ressaltar que a realização do exame pré-admissional ou periódico esbarra no dever ético de sigilo do médico, conforme dispõe a Resolução n. 1.359/92 do Conselho Federal de Medicina⁸, sendo que a violação do dever ético de sigilo autoriza, inclusive, o reclamo de indenização por dano moral.

3.2 Dispensa discriminatória

Outro tema que merece destaque diz com a dispensa imotivada do portador do HIV e da pessoa vivendo com AIDS.

8. “Artigo 3º - O médico que presta seus serviços a empresa está proibido de revelar o diagnóstico de funcionário ou candidato a emprego, inclusive ao empregador e à secção de pessoal da empresa, cabendo-lhe informar, exclusivamente, quanto à capacidade ou não de exercer determinada função. Artigo 4º - É vedada a realização compulsória de sorologia para HIV, em especial como condição necessária a internamento hospitalar, pré-operatório, ou exames pré-admissionais ou periódicos e, ainda, em estabelecimentos prisionais.”

Sem embargo da controvérsia existente acerca da aplicação da Convenção 158 da OIT, temos que a Constituição Federal previu, em seu artigo 7º, inciso I, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, proteção essa que se substancia, até que sobrevenha a lei complementar reclamada pelo constituinte, no pagamento de multa equivalente a 40% (quarenta por cento) dos créditos de FGTS do trabalhador.

Daí decorre o chamado direito potestativo do empregador em relação à dispensa de seus empregados. Todavia, tal direito não se afigura absoluto, encontrando limites no dever de não discriminar.

Pode-se afirmar, genericamente, que a dispensa do empregado somente pode se fundar em motivo disciplinar, técnico ou econômico. Assim, se não fundada numa dessas hipóteses, a dispensa do portador do HIV e da pessoa vivendo com AIDS será discriminatória, e portanto anulável, pois, como dito anteriormente, nem todo portador do HIV é doente, e nem todo doente é incapaz.

Não se pode olvidar, neste passo, que dentre os objetivos da República Federativa do Brasil situam-se a erradicação da marginalização e a promoção do bem de todos, vedadas quaisquer formas de discriminação.⁹

Por seu turno, o artigo 5º da Constituição Federal proclama, logo no *caput*, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, o que, por certo, inclui a discriminação motivada pelo fato de a pessoa portar o vírus ou a síndrome da AIDS. Mais especificamente, no inciso XLI do referido artigo, foi estabelecido que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Assim, o empregador nunca poderá fundar a dispensa no fato de o empregado ser portador do vírus.

9. Artigo 3º, III e IV da Constituição Federal.

Assim como ocorre com outras enfermidades, a infecção pelo HIV não é motivo para cessação ou suspensão do contrato de trabalho, sendo que as pessoas que tenham doenças relacionadas com o HIV devem continuar trabalhando, enquanto detiverem condições de desempenhar a sua função. Quando e se a situação clínica do empregado não permitir a continuidade do trabalho, este deve ser encaminhado ao regime de previdência social, sede em que deverá ser concedido o benefício pertinente.

Pontue-se que o empregador que despede um empregado assintomático sem ter prévia ciência do fato de ser ele portador do vírus vale-se do exercício de seu direito de demitir imotivadamente. Diversa, no entanto é a hipótese do empregador que, ciente da condição do empregado assintomático, o demite em razão de tal circunstância, o que configura dispensa discriminatória, já havendo inclusive manifestações pretorianas que presumem a discriminação nessa hipótese.

Já no caso do empregado portador do HIV que vem a ser acometido de doença que o incapacite para o trabalho provisória ou definitivamente, deverá ele ser encaminhado para o órgão previdenciário, a fim de lhe seja concedido o benefício pertinente. A dispensa imotivada, nessa hipótese, constitui dispensa obstativa, vedada no sistema vigente.

Configurada a dispensa discriminatória ou obstativa, e a despeito de não haver previsão legal expressa nesse sentido, cabe ao empregado exigir, pela via judicial, o retorno ao *status quo ante*, com sua reintegração ao posto de trabalho. E a propósito já se construiu sólida jurisprudência.¹⁰

10. “Reintegração – Empregado portador do vírus da AIDS – Caracterização de despedida arbitrária. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do Direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidos. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao afetado o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida. Conhecido por divergência jurisprudencial. Mérito provido. Decisão: Por

Acentue-se, por fim, que, sem prejuízo da reintegração ao posto de trabalho, faz jus o portador vítima da discriminação a reparação pelo agravo moral daí decorrente.

4. ASPECTOS PREVIDENCIÁRIOS

Considerando que o sistema previdenciário vigente prevê a concessão de benefícios apenas aos segurados, assim entendidos como os indivíduos que efetivamente contribuem para a previdência, temos que a

unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para determinar a reintegração do reclamante ao emprego, bem como para condenar a reclamada ao pagamento dos salários vencidos a partir da data do ajuizamento da ação até a efetiva reintegração e implantação em folha de pagamento, conforme se apurar em execução.” (TST – 2ª T., Acórdão no RR n. 217.791/95, 14.5.1997, rel. Min. Valdir Righetto).

“AIDS – Reintegração – Mandado de Segurança. Sendo o trabalhador portador de doença que pode levá-lo à morte, estando prestes a adquirir o direito à estabilidade no emprego, havendo sido demitido de forma obstativa e sendo absolutamente necessário o exercício de sua atividade profissional no combate ao mal que o aflige, o transcurso do tempo é imprescindível para que se evite restar prejudicado o seu direito. O *periculum in mora* é o próprio risco do perecimento da vida do trabalhador. De que adiantaria ao empregado sagrar-se vencedor numa ação trabalhista após a sua morte? O direito deve ser ágil e ser aplicado no momento certo, sob pena de tornar-se inócuo, mormente neste caso concreto, onde mais importante que os eventuais valores monetários em discussão é a própria vital necessidade de o empregado exercer suas funções enquanto apto para tal.” (TST – RO-MS n. 197.134/95.1, Ac. SBDI-2 1820/96, rel. Min. Cnéa Moreira, *DJU*, de 28.2.1997).

“Reintegração no emprego – Aidético – Dispensa – Ato discriminatório e ilícito – Direito assegurado – AIDS. Estabilidade. Direito – em certos casos – à reintegração. Caracterizado nos autos que o despedimento do empregado foi ato discriminatório e também ilícito, durante o afastamento do empregado por motivo de tratamento de saúde, por ser aidético. Mantém-se a sentença que condena a empresa a reintegrar seu empregado”. (TRT-2ª Região – RO 02930530620, 1ª Turma, m.v., rel. Juiz Floriano Correa Vaz da Silva, *DJSP* II, de 14.8.1995, p. 68, *Boletim IOB* 95-2/10.410).

“Rescisão contratual. Reintegração AIDS. Portadora de HIV tem direito à estabilidade no emprego. Dispensa imotivada presumida discriminatória. Reintegração determinada. Os direitos à vida, à dignidade humana e ao trabalho levam à presunção de que qualquer dispensa imotivada de trabalhadora contaminada com o vírus HIV é discriminatória e atenta contra os princípios constitucionais insculpidos nos artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 5º *caput* e XLI, 170, 193. A obreira faz jus a estabilidade no emprego enquanto apta para trabalhar, eis que vedada a despedida arbitrária (art. 7º, I da Constituição Federal). Reintegração determinada enquanto apta para trabalhar. Aplicação dos artigos 1º e 4º, I da Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995 (cf. CLT, art. 8º c/c CPC, art. 126 c/c LICC, art. 4º). Os riscos da atividade econômica são da empresa empregadora (CLT, art. 2º), sendo irrelevante eventual queda na produção, pois a recessão é um mal que atinge todo o país (TRT-15ª Região – RO n. 42051999, 3ª Turma, *DOE*, de 15.8.2000, rel. Mauro Cesar Martins de Souza).

abrangência da cobertura propiciada se resume àqueles inseridos numa relação de trabalho formalmente reconhecida.

Assim, aos segurados da previdência social acometidos da AIDS, incapacitados para o trabalho ou para sua atividade por mais de quinze dias, será devido o pagamento do benefício de auxílio-doença, a ser pago em valor correspondente a noventa e um por cento do valor do salário benefício¹¹, a partir do décimo sexto dia do afastamento, até a recuperação ou aposentação do segurado.

Por outro lado, se o segurado, estando ou não em gozo do auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência, mediante verificação pericial levada a cabo por perito oficial da autarquia previdenciária, deverá ser concedida a aposentadoria por invalidez, em valor correspondente à totalidade do salário de benefício.

Cumprе ressaltar que, pelo regime geral de previdência, de regra, tais benefícios somente seriam devidos após o decurso do prazo legal de carência. Em outras palavras, o segurado apenas teria direito aos benefícios acima mencionados, após ter efetuado doze contribuições mensais.

Porém, desde o advento da Lei n. 7.670/88¹², foi o portador do HIV dispensado dos prazos regulares de carência. Assim, a pessoa que vive com AIDS pode gozar dos benefícios sobreditos, após uma única contribuição.

11. Valor básico utilizado para renda mensal dos benefícios, consistente, no caso, na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.

12. Conforme artigo 1o, inciso I, "e". Referido diploma legal prevê também a liberação das contas de FGTS e PIS para o portador do HIV, mediante requerimento administrativo no banco depositário, mesmo fora das hipóteses legais de soerguimento. Nota-se na jurisprudência tendência de se estender a possibilidade de soerguimento de tais valores aos familiares do portador do HIV.

Postas tais considerações, há de se ressaltar que o crescimento da chamada economia informal, como causa de exclusão dos trabalhadores do regime geral da previdência social, dá margem à impossibilidade de obtenção dos benefícios previdenciários por grande parcela dos trabalhadores.

A estes, que não vislumbram opções diante do perverso quadro social brasileiro, e não de recorrer a subempregos ou atividades sem reconhecimento do vínculo empregatício como único meio de garantia da subsistência, não caberia o rótulo de imprevidentes. Mas para eles não há previdência.

5. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Às pessoas excluídas do regime da previdência social que vivem com AIDS e que não mais ostentam, diante de quadro clínico específico, a capacidade de prover sua subsistência, resta a possibilidade de obtenção do benefício de prestação continuada. Como um dos principais instrumentos das políticas de assistência social, previu o constituinte a garantia do pagamento de um salário mínimo mensal, em favor da pessoa portadora de deficiência, ou ao idoso, que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

À guisa de regulamentação, morosa diga-se, a Lei Orgânica da Assistência Social¹³ previu:

“Artigo 20 - O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família (...).

13. Lei n. 8.742/93.

§ 2º - Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

§ 3º - Considera-se incapaz de prover a manutenção de pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.”

Note-se que a lei distanciou-se do espírito do instituto tal qual previsto na Constituição, impondo novas condições à concessão do benefício. Exorbitou do poder regulamentar, ao impor novas condições, como a incapacidade para a vida independente e para o trabalho e o limite de renda familiar *per capita* equivalente a fração do salário mínimo.

Não se perca de vista que a instituição da garantia da renda mensal se inspirou no primado da dignidade humana, com o fito de amenizar as desigualdades sociais e erradicar a pobreza. No entanto, o legislador, distante de tal contexto, impôs a condição vexatória (quicá ininteligível) da incapacidade para a vida independente.

Se tal não bastasse, impôs limite censitário rígido para a afirmação da dignidade humana. Imagine-se a seguinte hipótese: um casal, ambos portadores do vírus, e dois filhos, igualmente com sorologia positiva; o pai, trabalhador assalariado, auferindo a quantia de um salário mínimo mensal e a esposa e os filhos com quadro clínico desfavorável, em estágio terminal. Pela letra fria da lei, não teriam eles o direito de obtenção do benefício de amparo social.

Desse modo, nos é dado concluir que, impondo condições inéditas, não contempladas pelo constituinte, o legislador fulminou o núcleo essencial do instituto e incorreu, por conseguinte, em vício de inconstitucionalidade. Caso assim não se entenda, a única interpretação conciliável com o mandamento constitucional vai no sentido de que a presença dos requisitos legais traduz presunção absoluta da necessidade aludida no artigo 203, inciso V do texto constitucional. Porém, nessa hipótese, a

concessão do benefício em outros casos de comprovada necessidade, que não atendam ao critério censitário estabelecido, dependeria da edição de outra norma ou de pronunciamento judicial.

Para agravar a situação, temos que a concessão administrativa do benefício, ainda que presentes os indigitados requisitos legais, é assaz morosa e parcimoniosa, talvez por consequência do fato do órgão gestor dos fundos que constituem a receita do benefício também ser incumbido da análise do cabimento de sua concessão.

Cumpre esclarecer que não se pretende apregoar aqui o assistencialismo puro e simples como solução desejável. Somente a perfeita integração do portador do HIV com o efetivo acesso ao trabalho e, por conseguinte, ao regime de previdência, nos traria um quadro compatível com a dignidade da pessoa humana. No entanto, não se pode perder de vista que a condição peculiar do portador do HIV e da pessoa que vive com AIDS reclama atenção e cuidados especiais que, de regra, requerem suporte financeiro, pelo que as políticas de assistência social, nessa área, se mostram por demais tímidas.

6. CONCLUSÕES

Ao longo das últimas duas décadas, foram registradas conquistas inegáveis, no sentido de se efetivar o primado da dignidade da pessoa em relação aos portadores do HIV. Merecem destaque, no campo da seguridade social, os ponderáveis avanços nas políticas públicas de saúde, que tornaram o Brasil um modelo no tratamento da AIDS. No entanto, ao portador, o fornecimento do coquetel e dos anti-retrovirais não é bastante.

Os que acreditam que o Direito pode ser muito mais do que o instrumento de dominação que o caracteriza ao longo da história, mas um instrumento de transformação social, hão de prosseguir, sem trégua, na tarefa de resguardar e buscar a plena efetivação dos direitos positivados, em especial no que tange às minorias vítimas de violações de direitos, dentre

as quais merecem destaque os portadores do HIV e pessoas que vivem com AIDS.

Para a consecução de tal objetivo, há de se fomentar a organização da sociedade civil, no sentido da construção de um sistema de proteção que realmente atenda ao anseio do portador do HIV e da pessoa que vive com AIDS; há de se consolidar e aperfeiçoar a política de fornecimento de remédios e tratamento, com o necessário investimento na área de pesquisa, sem descuidar da preocupação ética, a fim de que se propicie uma melhor qualidade de vida ao paciente; há de se repensar e rediscutir o acesso à justiça e aos sistemas previdenciário e assistencial do Estado de Bem-estar Social, e buscar a efetivação do direito ao trabalho, como única forma de real integração do portador, bem como adotar ações intransigentes contra a discriminação no ambiente de trabalho.

Há de se efetivar programa de prevenção, mas não apenas focado no contágio do vírus; há que se cuidar, sobretudo, da prevenção do espírito da sociedade contra a discriminação preconceituosa.

Esta não é primeira e, por certo, não será a última epidemia da história da humanidade; passará, como tantas outras passaram. Que, para o futuro, levemos o aprendizado de como deve o homem se postar diante de tais episódios: ao lado das vítimas, na defesa intransigente de seu direito de não ser discriminado e de viver dignamente.

BIBLIOGRAFIA

ABBADE, Áurea Celeste da Silva (Coord.). *AIDS e o direito: cartilha HIV direitos dos soropositivos*. 4. ed. São Paulo: Serviço gráfico da Câmara Municipal de São Paulo.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho: legislação complementar jurisprudência*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Miriam Ventura da. *Direitos das pessoas vivendo com HIV e AIDS*. Rio de Janeiro: Grupo pela Vida/RJ, 1993.

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. 2. tiragem. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1997. (Série Documentos, n. 14).

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos: legislação e jurisprudência*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1999. v. 1-2. (Série Estudos, n. 12).

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1999. (Série Estudos, n. 11).

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

OBRIGATORIEDADE DA GENOTIPAGEM PARA HIV: ENSEJO À CONSTATAÇÃO DA PROXIMIDADE DOS DIREITOS CIVIS E SOCIAIS¹

Fabiano Brandão Majorana²

Resumo: Defende-se a obrigatoriedade do exame de genotipagem para HIV como decorrência da interpretação sistemática e teleológica das normas legais e constitucionais aplicadas aos doentes de AIDS e portadores do vírus HIV, em complemento ao direito de percepção do complexo medicamentoso antiviral fornecido pelo Estado, sob a perspectiva dos direitos humanos, especialmente dos direitos à vida e à saúde, constatando-se a similaridade de eficácia dos direitos civis e sociais negada pela doutrina tradicional.

Sumário: 1 - Introdução; 2 - Direitos humanos; 3 - Direito objetivo; 4 - Imprescindibilidade do exame de genotipagem para HIV para a correta prescrição medicamentosa; 5 - Direito ao exame de genotipagem para HIV como consequência do direito ao medicamento adequado; 6 - Eficácia dos direitos sociais; 7 - Conclusão.

-
1. Este estudo subsidiou palestra realizada em 3 de dezembro de 2001, no Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em evento promovido pelo Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE-SP, denominado "Proteção Jurídica aos Portadores do HIV".
 2. Procurador do Estado de São Paulo. Coordenador do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE-SP. Palestrante e professor do Curso Qualitae de Taubaté.

1. INTRODUÇÃO

“Abajo la inteligencia! Viva la muerte!”
(General Millan Astray, fascista espanhol)

Críticas contundentes imputam ilegitimidade ao sistema de tratamento e prevenção da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), pois, segundo os detratores, despendem-se demasiados recursos públicos em privilégio de minoria da população, enquanto a massa de doentes permanece sujeita à precariedade do Sistema Único de Saúde.

Com o dispêndio excessivo dos recursos públicos nesse específico tratamento, outras doenças não receberiam a devida atenção estatal. Sugere-se, portanto, o aporte desses recursos ao Sistema Único de Saúde, extinguindo-se a fórmula estatal atual de tratamento.

As sérias críticas lançadas olvidam a realidade empírica constatada em países africanos, onde porcentagem descomunal da população contraiu o vírus da imunodeficiência humana (HIV), ocasionando nefasta pandemia de conseqüências ainda não identificadas.

A inexistência de tratamentos adequados afetaria o sistema de saúde de forma geral, com o aumento de incidência de doenças oportunistas decorrentes da imunodeficiência dos pacientes, e combaliria essa população e seus familiares, com implicações sociais e econômicas deletérias.

Inexistindo um sistema de tratamento e prevenção específico adequado, a doença progrediria sem limites, ocasionando a morte de milhões de pessoas, entre homens e mulheres, idosos, adultos, jovens, crianças de todas as raças e credos. Geraria enormidade de órfãos e famílias desestruturadas, ceulemas irreparáveis, perda da capacidade laborativa de enorme parcela da população economicamente ativa, ensejando gastos estatais indubitavelmente muito mais expressivos.

Entendimento aparentemente mais razoável, que se pretende defender nas linhas vindouras, privilegia a sobrevivência e a qualidade de vida dos imunodeficientes e seus familiares, com a manutenção do referido sistema, impedindo a desarmonia social conseqüente de eventual epidemia de HIV/AIDS.

Sentido inverso levaria à conclusão legitimadora de atuação primitiva, segundo a qual, diante do nascimento de criança “defeituosa”, permitir-se-ia sua extinção, selecionando o tipo físico e mental considerado normal. Ou, no mesmo parâmetro, o afastamento compulsório de idosos e doentes improdutivos da aldeia.

Mais, a concepção da criança do futuro poderá, adotando-se essa linha de raciocínio, moldar-se “às melhores raças”, resistentes às doenças, à dor e às tentações da cobiça, quiçá com data programada para o falecimento, otimizando-se a “cadeia de vida”. Todos seriam um só, sem propósitos individuais ou interesses pessoais, extirpando-se perigosamente a biodiversidade humana caracterizada nas distinções, inclusive, do DNA.

O entendimento utilitarista repudiado não parece compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III da CF), fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, e contraria os objetivos brasileiros, especialmente o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I da CF) e o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inc. IV, da CF). Mesmo sob a ótica utilitarista, o discurso não se sustenta, como analisamos, e discorreremos melhor adiante.

Nesse ponto o direito avizinha-se da bioética, entendida como a disciplina que “examina e discute os aspectos éticos relacionados com o desenvolvimento e as aplicações da biologia e da medicina, indicando os caminhos e os modos de se respeitar o valor da pessoa humana.”³

3. AMARAL, Francisco. *O poder das ciências biomédicas: os direitos humanos como limite. A moralidade dos atos científicos*. Rio Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz, 1999. p. 36, apud LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 100.

Os dados estatísticos da doença revelam ocorrência de 58.030 casos com falecimento em São Paulo, no período de 1980 a 2001⁴. A mesma fonte estatal evidencia o recuo no índice de mortalidade, com a implantação e desenvolvimento do aclamado sistema de tratamento. Sucederam 6.025 falecimentos em 1992, enquanto, em 2000, ocorreram 1.372.⁵

Insta ressaltar, quanto à probabilidade de contaminação do HIV, que atualmente não existe específica parcela da população sujeita a um maior risco de contaminação, e sim condutas arriscadas. Ou seja, todos, indistintamente, podem sofrer a contaminação diante de condutas perigosas, como compartilhar seringas ou praticar sexo sem proteção adequada.

A escolaridade, o sexo, a tendência sexual, a condição econômica, a idade e a raça não são fatores de identificação dos chamados “grupos de risco.”⁶

Jurema Werneck aponta com preocupação a “feminização da epidemia”, mais especificamente a “feminização negrófila”⁷, alertando a alta incidência de contaminação em mulheres negras na atualidade, o que certamente não refuta o que sustentamos acima.

Admitido o sistema de tratamento especial como elemento essencial e indispensável do sistema público de saúde, deve-se convergir o estudo sobre a obrigatoriedade da prestação de exame genotipagem para HIV como complemento à prestação obrigatória do complexo de medicamentos fornecido pelo Estado, como efluência do ordenamento jurídico interno e internacional de direitos humanos.

4. Centro de Referência e Treinamento do Programa DST/AIDS-SP, *Boletim Epidemiológico*, n. 2, p. 10, out. 2001.

5. Centro de Referência e Treinamento do Programa DST/AIDS-SP, *Boletim Epidemiológico*, n. 2, p. 10-11, out. 2001.

6. Centro de Referência e Treinamento do Programa DST/AIDS – SP, *Boletim Epidemiológico*, n. 2, p. 8, 9, e 12-16, out. 2001.

7. WERNECK, Jurema. Vulnerabilidade das mulheres negras. *MAIS*, São Paulo, ano 8, n. 16, p. 6-7, maio 2001.

2. DIREITOS HUMANOS

“Não basta ensinar direitos humanos. É preciso criar uma cultura prática desses direitos. As palavras voam. Os escritos permanecem. Os exemplos arrastam. O caminho é avançar no exercício da solidariedade.” (André Franco Montoro).

O valor vida humana nem sempre foi prestigiado como agora. Na Roma antiga, os credores poderiam extirpar a vida dos renitentes devedores inadimplentes e o pátrio poder compreendia a disponibilidade da vida do filho. Relatos bíblicos já indicavam a oferta da vida de filho ao Deus, conduta eticamente aceita diante da determinação divina.

Na Idade Média, os senhores feudais ofereciam proteção temporária aos servos contra os ataques de grupos bárbaros e forças de feudos rivais, garantindo-lhes as vidas enquanto prestassem serviços em suas terras, como um nobre favor, mas sem muito empenho, pois os castelos não abrigavam a massa de camponeses.

Com o surgimento do Estado Moderno, forjaram-se, sob a influência do liberalismo, importantes teorias de limitação do poder estatal, outrora absoluto, como a adoção do princípio da legalidade, a preservação da vida e da propriedade como direitos inatos, a tripartição dos poderes e o Estado de Direito.

José Damiano de Lima Trindade relata a evolução histórico-social dos direitos humanos, evidenciando sua característica evolutiva, e afasta da análise do tema a doutrina jusnaturalista, mesmo que incidentalmente.⁸

8. TRINDADE, José Damiano de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. In: São Paulo (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 21-163.

Dessa preciosíssima lição – e dentre os vários temas relevantes – extrai-se ilação sobre a construção histórica do direito à vida, vindo a confirmar-se aos poucos antecedente ao direito à saúde.

Doutrina conclusivamente Fábio Konder Comparato, após análise englobante dos fundamentos dos direitos humanos desde a proto-história:

“Por derradeiro, não se pode deixar de observar que as reflexões da filosofia contemporânea sobre a essência histórica da pessoa humana, conjugadas à comprovação do fundamento científico da evolução biológica, deram sólido fundamento à tese do caráter histórico (mas não meramente convencional) dos direitos humanos, tornando portanto sem sentido a tradicional querela entre os partidários de um direito natural estático e imutável e os defensores do positivismo jurídico, para os quais fora do Estado não há direito.”⁹

O direito à vida não demanda necessariamente uma conduta positiva do Estado, basta ao ente estatal permitir a sobrevivência do indivíduo. Desde as primeiras declarações de direitos humanos, o direito à vida veio consignado, pois de nada adiantaria uma relação de direitos e garantias, dispensando-se a cautela empenhada à existência física do ser humano.

Após a derrocada dos “sonhos” nazistas na Segunda Grande Guerra, o Estado liberal sofreu transformações, assumindo maiores responsabilidades concernentes ao bem-estar da sociedade – *welfare state* – e, sob o influxo da social-democracia, passou a oferecer maiores prestações, condutas positivas.

Surgiram, sob a tutela do Estado-providência, novos direitos chamados econômicos, sociais e culturais, dentre eles o direito à saúde, também nomeados direitos humanos de segunda geração, em contraposição

9. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 31.

àqueles primeiros, denominados civis e políticos ou direitos humanos de primeira geração, cuja implementação demandou apenas um *non facere* do Estado.

Esses primigênios direitos humanos recebiam influência principiológica dos valores liberdade e igualdade, meramente formal, enquanto os direitos humanos econômicos, sociais e culturais exsurgem enfocados pelos princípios da igualdade material e solidariedade.

Constatou-se logo, em verdade, que os direitos civis e políticos de nada serviriam se não houvesse efetiva garantia de prestação estatal. O direito de acesso irrestrito ao Poder Judiciário – direito de ação – tipicamente enquadrável entre os direitos humanos de primeira geração, não poderia ser exercido se não fosse conferido aos hipossuficientes o amparo assistencial jurídico adequado, prometido pelo constituinte, por meio dos serviços das Defensorias Públicas a serem instituídas por todo o país, consoante estabelece o artigo 134 da Constituição da República. Ironicamente, inane a garantia de acesso irrestrito à Justiça sem os meios adequados, ou, noutra hipótese, a liberdade de morrer de fome...

Exsurge, como decorrência lógica, a unidade dos direitos humanos, pois não haveria efetivo desfrute dos direitos civis e políticos sem a observância dos direitos econômicos, sociais e culturais. A correlação e a incidibilidade dos direitos humanos são obrigatórias, como se propugnará adiante.

Nessa perspectiva inoconterria desfrute dos mencionados direitos de primeira e segunda geração, sem a observância daqueles denominados de terceira geração, voltados a abrigar os interesses de seus titulares coletiva ou difusamente, como o direito ao meio ambiente equilibrado, estipulado no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁰. Haveria segurança para alguém, se inexistisse segurança ecológica?

10. CASTILHO, José Roberto Fernandes. Os direitos humanos e suas gerações. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 35, p. 178, jun. 1991.

Flávia Piovesan elucida o processo de internacionalização dos direitos humanos decorrente primordialmente do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, transmudando o Direito Internacional, pois se voltou a salvaguarda dos direitos do ser humano e não se deteve mais exclusivamente às prerrogativas dos Estados.¹¹

A mesma autora leciona que a “verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial”¹², pautada na contraposição universal às atrocidades do holocausto¹³, eclodindo na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.¹⁴

11. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 132-138.

12. PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 139.

13. “A criação do universo concentracionário, no século XX, veio demonstrar tragicamente a justiça da visão ética kantiana. Antes de serem instituições penais ou fábricas de cadáveres, o *Gulag* soviético e o *Lager* nazista foram gigantescas máquinas de despersonalização de seres humanos. Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão-só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por número, freqüentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão. E nesse esforço puramente animal, tudo era permitido: o furto da comida dos outros prisioneiros, a delação, a prostituição, a bajulação sórdida, o pisoteamento dos mais fracos” (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 22-23).

14. “Entretanto, foi apenas após a Segunda Guerra Mundial – com a ascensão e a decadência do Nazismo na Alemanha – que a doutrina da soberania estatal foi dramaticamente alterada. A doutrina em defesa de uma soberania ilimitada passou a ser crescentemente atacada, durante o século XX, em especial em face das conseqüências da revelação dos horrores e das atrocidades cometidas pelos nazistas contra os judeus durante a Segunda Guerra, o que fez com que muitos doutrinadores concluíssem que a soberania estatal não é um princípio absoluto, mas deve estar sujeito a certas limitações em prol dos direitos humanos. Os direitos humanos tornam-se uma legítima preocupação internacional com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia Geral da ONU, em 1948 e, com conseqüência, passam a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais. No período pós-guerra, os indivíduos tornam-se foco e atenção internacional. A estrutura do contemporâneo Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a se consolidar. Não mais poder-se-ia afirmar, no fim do século XX, que o Estado pode tratar de seus cidadãos da forma que quiser, não sofrendo qualquer responsabilização na área internacional. Não mais poder-se-ia afirmar no plano internacional *that king can do no wrong*”. (CLAUDE, Richard Pierre; WESTON, Burns H. *Human rights in the*

A festejada doutrinadora cita André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros: “Para a doutrina dominante, todas essas normas (Carta das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos do Homem, Pactos Internacionais aprovados pelas Nações Unidas) e todos esses princípios fazem hoje parte do *jus cogens* internacional, que constitui o direito imperativo para os Estados.”¹⁵

Portanto, a evolução do Direito Internacional partiu da consciência dos povos sobre a importância da universalização dos direitos humanos, afetando o conceito de soberania nacional, outrora absoluto, para admitir na órbita jurídica interna dos Estados a intervenção protetiva dos direitos humanos nos moldes inscritos nos principais tratados internacionais sobre o tema.

Surgiram sistemas protetivos dos direitos humanos internacionais: sistema protetivo geral no âmbito da Organização das Nações Unidas e sistemas regionais na Organização dos Estados Americanos, na Comunidade Européia e Organização da África Unida, com instrumentos jurídicos específicos e programas tutelares efetivos¹⁶. Avulta, dentre os órgãos componentes dos sistemas referidos, a tarefa projetada ao Tribunal Penal Internacional, apto a julgar crimes contra a humanidade praticados por pessoas físicas, súditos dos países signatários do Tratado de Roma.¹⁷

world community. issues and action. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989, p. 4-5, apud: PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 141-142).

15. PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 97.

16. “Cada qual dos sistemas regionais de proteção apresenta um aparato jurídico próprio. O sistema americano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. Já o sistema europeu conta com a Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950, que estabelece a Corte Européia de Direitos Humanos. Por fim, o sistema africano apresenta como principal instrumento a Carta Africana de Direitos Humanos de 1981, que, por sua vez, estabelece a Comissão Africana de Direitos Humanos” (GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 22).

17. O Decreto n. 4.388, de 25.9.2002, promulgou o mencionado tratado, passando o Brasil a admitir a competência do Tribunal Penal Internacional.

No ordenamento jurídico interno de várias nações, sob a influência da evolução comentada, os direitos humanos foram albergados em declarações de direitos e garantias fundamentais nas Constituições dos Estados, nos moldes dos principais tratados internacionais protetivos do ser humano, que delinearão os limites do poder estatal e suas necessárias prestações, conformando, portanto, a “medula das Constituições.”¹⁸

A enumeração não taxativa dos direitos fundamentais, denominação preferida pela doutrina alemã para os direitos humanos, constante do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, deve ser cotejada com a “cláusula de abertura” prevista no parágrafo 2º do dispositivo, pois não afasta “outros direitos fundamentais, denominados de implícitos ou decorrentes”.¹⁹

Portanto, não somente as normas constitucionais explícitas constituiriam os direitos fundamentais, mas também as normas implícitas derivadas do regime e princípios constitucionais e dos tratados internacionais que o Brasil seja parte, consoante a “cláusula constitucional aberta” estipula.

Relevante doutrina entende ser acolhida a norma convencional internacional de direitos humanos como direito fundamental do chamado “bloco de constitucionalidade”.

O ex-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, ressalta o aspecto histórico da conformação da cláusula de abertura, quanto aos tratados internacionais:

“Assim, a novidade do artigo 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos

18. GONÇALVES, Flávio José Moreira Gonçalves, Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 35.

19. MORAES, Guilherme Peña. *Direitos fundamentais: conflitos e soluções*. Niterói: Frater et Labor, 2000. p. 15.

direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre a proteção internacional dos direitos humanos que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente de garantias. É alentador que as conquistas de direito internacional em favor da proteção do ser humano venham projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista como constitucionalista.”²⁰

Após citarem esta lição, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer e Anna Carla Agazzi sustentam o *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, com subsídio suplementar na doutrina do constitucionalista português Jorge Miranda.²¹

Nesse sentido, os processualistas Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco afirmam que os direitos e garantias processuais inseridos na Convenção Americana de Direitos Humanos passaram a ter índole e nível constitucionais, complementando a Lei Maior e especificando ainda as regras do “devido processo legal”.²²

Alinha-se Tânia da Silva Pereira a essa doutrina que defende a conjugação das regras internacionais de proteção do homem aos direitos fundamentais, com idênticas características eficaciais. Conclui a autora que “os

20. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 631, apud: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; AGAZZI, Anna Carla. Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro – interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição federal de 1988. In: São Paulo (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 213.

21. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; AGAZZI, Anna Carla, *Integração, eficácia e aplicabilidade...* cit., p. 215-216.

22. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 85.

direitos fundamentais referentes à criança e ao adolescente celebrados nos diplomas internacionais dos quais o Brasil é parte pertencem à Constituição Federal, de acordo com o princípio da não-tipicidade dos direitos fundamentais”.²³

Importante exaltar o elaborado estudo de Flávia Piovesan, no qual se alberga a tese esposada, pois, com abundância de argumentos, comprova a natureza de norma constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.²⁴

A tutela dos direitos humanos merece cuidados conjugados do direito interno e internacional, recebendo tais normas o maior *status* legislativo, ou seja, *status* constitucional como cláusula pétrea.

Atentos a essa conclusão hermenêutica, os legisladores nacionais propugnaram recentemente projeto de emenda ao parágrafo 2º do artigo 5º da Lei Maior, no intuito de estabelecer quórum especial e dois turnos de votação em cada casa do Congresso Nacional para aprovação dos tratados de direitos humanos nos moldes do artigo 49, inciso I, semelhantemente ao procedimento exigido para as emendas constitucionais previsto no artigo 60, parágrafo 2º, da Constituição.²⁵

Decorre dessas ponderações o princípio interpretativo segundo o qual as normas de direitos humanos nunca prejudicam a situação jurídica de

23. PEREIRA, Tânia da Silva. A adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 129.

24. PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 82-103. Conclui a doutrinadora: “Logo, é neste contexto – marcado pela tendência de Constituições latino-americanas recentes em conceder um tratamento especial ou diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados – que se insere a inovação do artigo 5º, parágrafo 2º, da Carta brasileira. Ao estatuir que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, a Constituição brasileira de 1988 passa a incorporar os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos no universo dos direitos constitucionalmente consagrados” (Idem, *ibidem*, p. 103).

25. Trata-se da Proposta de Emenda Constitucional n. 96-A/92, que pretende inserir parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

seus beneficiários, não incidindo as regras hermenêuticas de direito intertemporal (norma posterior derroga a anterior) e a da especialidade da norma (norma especial prefere a geral) quando ocasionarem resultados lesivos.

Por essa ótica analisaremos os preceitos referentes ao tema central do estudo, componentes principais desse elenco de normas de direitos humanos, o direito à vida e o direito à saúde²⁶, especialmente dos portadores do vírus HIV e dos doentes de AIDS.

26. "Como direito fundamental da pessoa humana (e não apenas dos brasileiros e estrangeiros residentes no país) o direito à saúde tem sido considerado como um direito social, integrando, portanto, a assim denominada segunda dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais, que marcou a evolução do Estado de Direito de inspiração liberal-burguesa, para um novo modelo de Estado e Constituição que se convencionou denominar de Estado Social (ou Estado social de Direito). Sem que aqui possamos aprofundar esta perspectiva, fica o registro de que com a positivação de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, objetos até mesmo de um pacto internacional específico (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966) se pretendeu, em última análise, a compensação das gritantes desigualdades sócio-econômicas acarretadas ao longo da revolução industrial (embora esta, à evidência, não tenha implantado a pobreza no mundo), buscando a concretização da idéia de justiça material, por meio de uma liberdade e igualdade não meramente formais, bem como pela extensão da proteção da liberdade pessoal em relação ao exercício do poder social e econômico, que resultou na afirmação das liberdades sociais, como é o caso da liberdade de associação sindical e do direito de greve. (...) Pois bem, o que importa nesta quadra do estudo e partindo da classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa (negativos) e direitos a prestações (positivos), é o fato de que o direito à saúde pode, dependendo de sua função no caso concreto, ser reconduzido a ambas as categorias, o que, como ainda se terá oportunidade de verificar, acarreta reflexos importantes no âmbito da eficácia e efetividade. Em verdade, o que se pretende aqui destacar, a partir da noção de que o texto (o dispositivo legal ou constitucional) não se confunde com a norma (ou normas) nele contida, é que existem diversas posições jurídico-fundamentais (em suma, diversos direitos) vinculados aos dispositivos constitucionais que tratam da saúde. (...) Assim, o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como - e esta a dimensão mais problemática - impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde. É justamente sobre estas formas de manifestação do direito à saúde que iremos, nos próximos segmentos, tecer algumas considerações." (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 maio 2002).

Sob enfoque mais preciso podemos sustentar que o direito à saúde, o direito à segurança e o direito assistencial são meios mais próximos, garantias imediatas de efetivação do direito à vida, sem os quais todas as promessas do constituinte resultariam falaciosas.

3. DIREITO OBJETIVO

Há anos o sistema de saúde pública nacional disponibiliza aos portadores do vírus HIV (vírus da imunodeficiência humana) tratamento e remédios com enorme eficiência, merecendo a fama de melhor sistema de saúde específico mundial.

Isso só foi possível, graças à conscientização de que os direitos fundamentais, pertinentes à vida (aspecto civil) e à saúde (aspecto social), dos portadores do vírus HIV e dos doentes de AIDS, merecem evidência. Houve, nesse sentido, uma evolução jurídico-cultural, acompanhada de normatividade e jurisprudência. Tal evolução manifestou-se verdadeiramente transformadora da realidade anterior.

Impediu-se, então, a proliferação da AIDS como ocorre nos países africanos, exemplificativamente mencionados, efetivando-se uma razoável política de combate, prevenção e tratamento da terrível doença.

Existe, atualmente, uma enorme preocupação do Estado sobre o tema, evidenciada pela multiplicidade de expressões normativas específicas, a corroborar a proteção das normas gerais aplicadas aos imunodeficientes como deficientes físicos que são.

A Lei federal n. 9.313, de 13 de novembro de 1996, exsurge como marco, dispondo sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS:

“Artigo 1º - Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doenças de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.”

A norma legal foi feliz ao determinar distribuição gratuita de medicamentos, tanto aos portadores do HIV, quanto aos doentes de AIDS. Os doentes de AIDS sofrem os efeitos da doença provocados pela imunodeficiência, enquanto os portadores do vírus HIV podem conviver com o vírus sem qualquer manifestação, durante vários anos. Todavia, os remédios disponibilizados são importantes em ambas situações, pois, no primeiro caso, impedem a evolução da doença, amainando os efeitos corrosivos do HIV, e, noutro, ocluem o surgimento da doença como manifestação do vírus.

Disposição diferente causaria dificuldades jurídicas, possibilitando injustiças descomunais. Assim, evidencia-se o interesse do legislador em atuar em benefício da saúde pública, ampla e irrestritamente, evitando a deterioração da saúde da população contaminada pelo HIV, que ainda não apresentou a doença. Isso possibilitou, certamente, a constatada diminuição dos índices de mortalidade dos infectados.

Como lembra Áurea Celestes da Silva Abbade, o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde pontifica que a saúde é um estado de completo bem-estar físico e social, não se reduzindo à ausência de doença ou de enfermidade.²⁷

Ainda no âmbito federal, a Lei n 7.670, de 8 de setembro de 1988, concede alguns importantes benefícios: a possibilidade de aposentadoria e licença para tratamento do funcionário público federal; reforma do militar; pensão especial; auxílio-doença e aposentadoria, independentemente de carência, ao segurado da Previdência Social; além do direito de levantamento do FGTS, independentemente de rescisão do contrato individual de trabalho, ou qualquer outro tipo de pecúlio.

27. ABBADE, Áurea Celestes da Silva. Bioética – Biodireito – Ética e os experimentos em seres humanos. *Aids e o Direito*, Boletim do Grupo de Apoio e Prevenção à Aids de São Paulo – GAPA, p. 5.

A Lei n. 7.649, de 25 de janeiro de 1988, regulamentada pelo Decreto n. 95.721, de 11 de fevereiro de 1988, cria o Cadastro Obrigatório de Doadores de Sangue. Em seu artigo 3º, determina provas laboratoriais do vírus da AIDS, impedindo que o sangue infectado, “soropositivo”, seja utilizado pelo sistema de saúde pública e privada.

A Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998, do Ministério da Saúde, aprova o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Com base no princípio da publicidade e eficiência, a norma confere direito de informações ao paciente sobre o tratamento, impedindo a inoperância do tratamento desregrado:

“Artigo 54 - O aviamento ou dispensação de Receitas de Controle Especial, contendo medicamentos a base de substâncias constantes das listas ‘C1’ (outras substâncias sujeitas a controle especial) e ‘C5’ (anabolizantes) deste Regulamento e de suas atualizações, em qualquer forma farmacêutica ou apresentação, é privativo de farmácia ou drogaria e só poderá ser efetuado mediante receita, sendo a ‘1ª via - Retida no estabelecimento farmacêutico’ e a ‘2ª via - Devolvida ao Paciente’, com o carimbo comprovando o atendimento.

Artigo 55 - A prescrição de medicamentos à base de substâncias anti-retrovirais (lista ‘C4’) só poderá ser feita por médico e será aviada ou dispensada nas farmácias do Sistema Único de Saúde, em formulário próprio estabelecido pelo programa de DST/AIDS, onde a receita ficará retida. Ao paciente, deverá ser entregue um receituário médico com informações sobre seu tratamento. No caso do medicamento adquirido em farmácias ou drogarias será considerado o previsto no artigo anterior.

(...)

Artigo 84 - *Os rótulos de embalagens dos medicamentos à base de substâncias constantes das listas ‘C1’ (outras substâncias sujeitas*

a controle especial), ‘C2’ (retinóides de uso tópico), ‘C4’ (*anti-retrovirais*) e ‘C5’ (anabolizantes) deste Regulamento e de suas atualizações, deverão ter uma faixa horizontal de cor vermelha abrangendo todos os seus lados, na altura do terço médio e com largura não inferior a um terço da largura do maior lado da face maior, contendo os dizeres: ‘Venda Sob Prescrição Médica – Só Pode ser Vendido com Retenção da Receita’.

§ 1º - *Omissis*.

§ 2º - Nas *bulas e rótulos* dos medicamentos que contêm *substâncias anti-retrovirais*, constantes da lista ‘C4’ deste Regulamento e de suas atualizações, *deverá constar, obrigatoriamente*, em destaque e em letras de corpo maior de que o texto, a expressão: ‘*Venda Sob Prescrição Médica – Atenção – O Uso Incorreto Causa Resistência do Vírus da AIDS e Falha no Tratamento*’.” (grifos nossos)

Importantes leis e normas infralegais estaduais tratam sobre o assunto no Estado de São Paulo, das quais revelaremos algumas a título de exemplo, evidenciando a mencionada valorização do tema no direito positivado estadual paulista.

O Programa Estadual de Direitos Humanos de São Paulo de 1997, em seu artigo 73, determina o desenvolvimento de campanhas de informação e prevenção sobre doenças sexualmente transmissíveis e HIV/AIDS, porque certamente a prevenção representa o melhor combate à doença incurável da AIDS, impedindo-se a transmissão do vírus HIV. O artigo seguinte estipula apoio estatal aos estudos, pesquisas e programas para reduzir a incidência, morbidade e mortalidade causadas pela doença.

Em cumprimento à diretriz traçada no Programa Estadual de Direitos Humanos de São Paulo, foram editadas a Lei n. 10.330, de 18 de junho de 1999, que dispõe sobre a informação impressa na contracapa de livros didáticos comercializados no Estado de São Paulo sobre a AIDS, e a Lei n. 8.656, de 25 de março de 1994, criando o Dia Estadual de Combate a

AIDS, a ser celebrado anualmente no dia 1º de dezembro, evidenciando esforços legislativos para esclarecer a população sobre as questões de saúde envolvendo HIV e AIDS.

O complexo normativo orienta a atuação administrativa protetiva no sentido de não discriminação de condutas, mesmo quanto ao perigoso compartilhamento de seringas no consumo de drogas injetáveis, legitimando a distribuição gratuita de seringas descartáveis para os usuários de substâncias legalmente proscritas.

O legislador paulista preocupou-se com a eventual discriminação sofrida pelos portadores do vírus HIV, proibindo nas escolas públicas e particulares qualquer conduta segregatória, por exemplo, a formação de turmas específicas de infectados, locais apartados para o recreio, proibição de matrícula ou exigência de exame hematológico, consoante estipula a Lei n. 9.281, de 22 de dezembro de 1995. Mais recentemente, veio a lume a Lei n. 11.199, de 12 de julho de 2002, que proíbe a discriminação aos portadores do vírus HIV e às pessoas doentes de AIDS.

A ciência desvendou a limitação das maneiras de contaminação pelo vírus HIV, sabendo-se que o mero convívio com os infectados não propicia a contaminação. Portanto, não há motivo para qualquer restrição da convivência harmoniosa e fraternal entre contaminados e não-contaminados.

Por derradeiro, mencionamos as normas administrativas conformadoras do sistema estatal de tratamento e prevenção da AIDS²⁸,

28. Decreto n. 32.895, de 31.1.1991: Secretaria da Saúde. Cria e organiza o Centro de Referência e Treinamento – AIDS; Decreto n. 33.270, de 16.5.1991: Secretaria da Saúde. Altera a redação de dispositivos e inclui disposições no Decreto n. 32.895/91; Decreto n. 38.359, de 4.2.1994: Programa Permanente de Ações Integradas de Prevenção e Controle das Doenças Sexualmente Transmissíveis – DST/AIDS. Dispõe sobre a sua instituição; Decreto n. 40.062, de 26.4.1995: Programa Permanente de Ações Integradas de Prevenção e Controle das Doenças Sexualmente Transmissíveis – DST/AIDS. Revoga o artigo 5º do Decreto n. 38.359/94; Decreto n. 40.294, de 1º.9.1995: Conselho Estadual para Assuntos de AIDS. Revoga os Decretos ns. 30.387 e 37.858/93. Conselho Estadual de Políticas para a AIDS – CONEPAIDS. Dispõe sobre a sua criação; Decreto n. 43.475, de 24.9.1998: Altera a denominação, reorganiza o Centro de Referência e Treinamento – AIDS e dá providências correlatas.

evidenciando que os órgãos públicos de saúde enfrentam conjuntamente, com acerto, as doenças sexualmente transmissíveis e a AIDS, devido à maior facilidade de contaminação do vírus HIV daquele paciente acometido por alguma doença sexualmente transmissível, sempre redutora da resistência física do paciente, como a sífilis, o cancro mole e a gonorréia.

4. IMPRESCINDIBILIDADE DO EXAME GENOTIPAGEM PARA HIV PARA A CORRETA PRESCRIÇÃO MEDICAMENTOSA

Com o tempo, o tratamento ofertado ao paciente pode apresentar complicações, revelando a inocuidade de um ou alguns dos medicamentos componentes do coquetel de remédios ministrados.

O tratamento mal formulado, a interrupção do tratamento ou sua inconstância e a “biodiversificação” viral acarretam prejuízos gravíssimos ao paciente.

O vírus pode sofrer mutações, tornando ineficaz o tratamento, e somente a genotipagem para HIV, precioso e caríssimo exame²⁹, permite precisar qual o componente do coquetel de remédios não produz mais efeitos terapêuticos.

Referido exame identificaria, em casos específicos, a substância retroviral inócua, permitindo a substituição por outra fornecida gratuitamente pelo Estado, o que possibilitaria ao hipossuficiente paciente uma sobrevida, com melhor qualidade.

29. Ricardo Zorzetto assevera: “O teste está sendo feito apenas por laboratórios particulares, que cobram entre R\$ 600,00 e R\$ 1.500,00. Por isso, os pacientes do SUS (Sistema Único de Saúde) fazem o acompanhamento da terapia apenas com outros dois exames: CD4 e carga viral. O primeiro aponta o grau de comprometimento do sistema de defesa do paciente. Já o teste de carga viral indica o momento em que os medicamentos perdem poder de combate. Nenhum deles, no entanto, indica qual dos remédios se tornou ineficiente.” (ZORZETTO, Ricardo. *O Brasil terá teste gratuito de genotipagem do HIV*. Comunicação Unifesp - Saúde Paulista – Reportagens. Disponível em: <<http://www.unifesp.br/comunicacao/sp/ed04/reports1.htm>>. Acesso em: 19 maio 2002).

Em alguns casos, portanto, embora continue a ingerir o coquetel medicamentoso, só existe uma solução viável para a continuidade da existência física e sanação do paciente contaminado: a elaboração urgente do exame clínico genotipagem para HIV. Sua vida e sua precária saúde dependem, nos casos recomendados pelos especialistas, exclusivamente do exame, identificando-se o elemento inoperante para a premente substituição.

Animado pelos resultados positivos dos estudos científicos sobre o tema, o Governo Federal criou a Renageno (Rede Nacional de Genotipagem), inicialmente uma rede de doze laboratórios associados a prestarem o exame da genotipagem, para complementar os exames CD-4, que aponta o grau de comprometimento do sistema de defesa do paciente, e carga viral, indicador da perda do poder terapêutico dos remédios.³⁰

O pequeno lote de *kits* de exame, reduzido a seis mil unidades na primeira importação, e a incipiente implantação administrativa da prestação causam um descompasso entre a disponibilidade e a demanda, ocasionando muitas vezes a negativa do serviço pelo sistema público de assistência à saúde.

Em virtude da debilidade progressiva do estado de saúde e do ânimo do portador do vírus, nesta malsinada situação referida, muitas vezes o imunodeficiente comparece em várias entidades estatais de prestação de assistência médica sob o risco de perder a vida, sem obter sequer uma

30. Esclarece o especialista referido: "Para realizar o exame pelo SUS, o governo está organizando uma rede de genotipagem formada inicialmente por 12 laboratórios. Escolhidos com base nas competências técnica e científica apresentadas, esses centros são ligados a universidades federais ou a instituições e hospitais públicos (veja quadro na página 33). (...) No Estado de São Paulo, os testes serão realizados pelo Laboratório de Retrovirologia e Microbiologia do Complexo Unifesp/SPDM e pelas unidades do Instituto Adolfo Lutz da Capital e em São José do Rio Preto (SP). O laboratório do Complexo será um dos primeiros a incluir os exames em sua rotina. Além disso, fará o controle de qualidade da rede. (...) Quatro laboratórios da Renageno (Rede Nacional de Genotipagem), como foi batizado o grupo de laboratórios associados, entram em funcionamento já em dezembro. Para isso, os equipamentos e os testes foram importados e começaram a chegar ao país em outubro, segundo a Coordenadoria Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis/AIDS (CN-DST/AIDS), do Ministério da Saúde. Até o fim do ano deverão estar instalados, e os técnicos, treinados." (ZORZETTO, Ricardo, op. cit.).

certidão ou declaração de negativa da prestação do exame de genotipagem para HIV necessário – isso dificulta o trabalho do advogado, que pretende impetrar mandado de segurança com a indispensável comprovação preliminar do direito líquido e certo e a negativa da prestação estatal.

Desemboca, extenuado, por fim, quando carente de recursos, na Procuradoria de Assistência Judiciária Cível da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo ou em uma Defensoria Pública, quando residente em outros Estados da Federação, a exigir a urgentíssima prestação estatal mediante propositura de demandas judiciais.

O Estado, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, não vinha prestando direta ou indiretamente o exame necessário para o correto diagnóstico e tratamento conferido gratuitamente, embora pudesse ao menos efetuar convênio ou acordo para fornecê-los gratuitamente com entidades particulares capacitadas. Portanto, apesar do sistema recém criado, demandas dessa ordem podem surgir por falta de informações, desorganização administrativa ou recursos insuficientes.

5. DIREITO AO EXAME GENOTIPAGEM PARA HIV COMO CONSEQÜÊNCIA DO DIREITO AO MEDICAMENTO ADEQUADO

Como dito, a Lei federal n. 9.313, de 13 de novembro de 1996, dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

Impossibilitam o tratamento e a oferta dos remédios da terrível doença a dubiedade do diagnóstico e a incerteza da substância inadequadamente ministrada pelos médicos públicos, especificamente quando o vírus da imunodeficiência humana cria resistência.

A omissão no fornecimento do exame laboratorial genotipagem para HIV, enquanto essencial à integral prestação do serviço médico estatal,

impossibilita o cumprimento da lei federal citada. Evidente a incapacidade de fornecimento dos remédios retrovirais sem o exato diagnóstico da doença.

A distribuição não criteriosa dos dispendiosos medicamentos representaria um desperdício de recursos públicos inaceitável, pois prejudicaria os que recebem o remédio ineficaz e os que não o recebem, e deles necessitam.

Entendimento diverso feriria o princípio da eficiência da Administração Pública, recentemente valorizado no artigo 37 da Constituição da República, o qual não se restringe à ciência da administração ou à economia, pois absorvido e condicionado pela ordem jurídica. Portanto, “quando se entende que a eficiência deve abranger a análise dos meios e dos resultados, não significa que somente devem ser considerados a celeridade, a prestabilidade, a racionalidade e a economicidade, ou quaisquer dos critérios metajurídicos propostos pela doutrina especializada. A sua natureza abrangente manifesta-se claramente quando se considera que não pode ser eficiente um ato que afronte outro princípio, devido à possibilidade de anulação do mesmo.”³¹

O inciso IV, alínea “a”, do artigo 3º, do Código de Saúde do Estado de São Paulo, Lei Complementar n. 791, de 9 de março de 1995, em cumprimento aos princípios constitucionais, estabelece:

“Artigo 3º - O estado de saúde, expresso em qualidade de vida, pressupõe:

(...)

IV - reconhecimento e salvaguarda dos direitos do indivíduo, como sujeito das ações e dos serviços de assistência em saúde, possibilitando-lhe:

31. GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 97.

a) *exigir*, por si ou por meio de entidade que o represente e defenda os seus direitos, *serviços de qualidade prestados oportunamente e de modo eficaz*;

(...).”

As prestações estatais nessa seara conformam uma rede complexa, regionalizada, hierarquizada e descentralizada, denominada Sistema Único de Saúde – SUS, subsidiada por recursos materiais e humanos da União, dos Estados e Municípios, financiada também pelos recursos da seguridade social, conforme dispõe o artigo 198 da Carta Magna.

No âmbito do Estado de São Paulo, combate-se em muitos mandados de segurança impetrados pela Procuradoria de Assistência Judiciária da Procuradoria Geral do Estado a omissão administrativa, exigindo-se das autoridades competentes do Sistema Único de Saúde prestação direta de assistência integral à saúde dos indivíduos, ou indireta, mediante a transferência de recursos e tecnologia aos Municípios, ou por meio de convênio ou contrato administrativo com entidades privadas de saúde.

O Código de Saúde do Estado de São Paulo estabelece:

“Artigo 15 - Compete à direção estadual do SUS, além da observância do disposto nos artigos 2º e 12 deste Código, fundamentalmente:

I - transferir aos Municípios, com os recursos correspondentes, os serviços de saúde próprios do Estado que atuam preponderante ou exclusivamente na área do Município, ou cuja complexidade interessa para garantir a resolutividade dos sistemas municipais;

II - prestar assistência técnica e apoio financeiro aos Municípios para a execução dos serviços e das ações de saúde de âmbito local;

(...)

Artigo 17 - Compete, ainda, à direção estadual do SUS:

I - coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços de:

a) assistência integral à saúde;

(...)

Artigo 20 - O SUS poderá recorrer à participação do setor privado quando a sua capacidade instalada de serviços for insuficiente para garantir a assistência à saúde da população.

§ 1º - A participação complementar do setor privado no SUS será efetivada mediante convênio ou contrato administrativo de direito público.”

Em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em face dos entes estatais, perante o juízo da 4ª Vara Cível de São Paulo, Processo n. 2001.61.00.027898-6, o juiz federal Dr. Aroldo José Washington determinou, em 7 de novembro de 2001, a implantação do exame de genotipagem do vírus da imunodeficiência humana no Sistema Único de Saúde – SUS, para todos os infectados, seguindo a tendência jurisprudencial estadual sobre a matéria.

Para cumprir os mandamentos legais suso apontados, a autoridade coatora deve contratar entidades particulares suficientes que prestam o serviço laboratorial essencial para o correto diagnóstico e aplicação do tratamento adequado nos casos de doentes de AIDS e portadores do HIV, ou efetivá-lo diretamente.

A omissão das autoridades malferir os princípios e comandos constitucionais imbricados nas normas citadas, especialmente o princípio da dignidade humana e os direitos à vida e à saúde:

“Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

Artigo 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:

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

(...)

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

A Constituição Estadual de São Paulo consagrou o direito social à saúde em reforço à Carta Magna, fixando largos parâmetros da prestação assistencial estatal.

“Artigo 219 - A saúde é direito de todos e dever do Estado.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos Estadual e Municipal garantirão o direito à saúde mediante:

1 - políticas sociais, econômicas e ambientais que visem ao bem-estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade e à *redução do risco de doenças e outros agravos*;

2 - *acesso universal e igualitário às ações e ao serviço de saúde, em todos os níveis;*

3 - *direito à obtenção de informações e esclarecimentos de interesse da saúde individual e coletiva, assim como as atividades desenvolvidas pelo sistema;*

4 - *atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde.*

(...).”

O sistema normativo nacional albergou convenções internacionais referentes ao tema, conferindo direitos ao imunodeficiente, muitas vezes não respeitados pela omissão das autoridades de saúde estatais³², como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

“Artigo 12.1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias de assegurar:

(...)

d) *A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.*”

32. Importante mencionar, embora haja discussão em torno de sua eficácia e validade jurídica como instrumento consuetudinário no Direito Internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, especialmente: artigo III - Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal; artigo XXII - Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade; e artigo XXV-1 - Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis (...).

Também a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica):

“Artigo 4º - *Direito à vida*.

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei (...).”

A jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acolhe entendimento de prestígio às normas indicadas, e em vários momentos revela o apreço ao valor máximo *vida*, conferindo tutelas de urgência e diferindo o contraditório e a ampla defesa ínsitos às relações processuais, sem prejuízo do devido processo legal.

“Medida Cautelar Inominada – Liminar – Prestação de serviços médicos e hospitalares – Contrato – Seguro – Pretensão de cobertura médica de portador do vírus HIV positivo – Admissibilidade – Primazia do bem jurídico ‘vida’ em relação ao bem patrimonial – Liminar concedida. Em se cuidando de medida cautelar, o exame da situação fática há de ficar adstrito à aparência do bom direito *fumus boni iuris* e à presença do perigo do dano *periculum in mora* consubstanciado no prejuízo que possa advir durante o curso regular do processo – Recurso provido. (TJSP – AI n. 273.236-1/São Paulo – 7ª Câmara de Direito Privado – rel. Mohamed Amaro – 13.12.1995 – v.u.)”

“Ação Cautelar – Liminar contra o Estado – Fornecimento de ‘coquetel’ de medicamentos para tratamento da AIDS – Admissibilidade – Estando presentes as condições especiais do processo cautelar, do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, posto que o direito à vida é o maior deles e que a droga é de comprovada eficácia, porém custosa e fora das possibilidades econômicas dos enfermos, é dever do Estado custeá-la – Inteligência do artigo 196 da Constituição da República – Liminar mantida – Recurso não provido. (TJSP – AI n. 29.837-5/São Paulo – 8ª Câmara de Direito Público – rel. Felipe Ferreira – 19.3.1997 – v.u.).”

Não ocorre divergência, no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal Federal, ao prestigiar os direitos humanos enfocados, conferindo-lhes eficácia imediata e plena.³³

Importante ressaltar que o dever de fornecer a medicação contra AIDS não se cumpre, apenas, com a mera distribuição aleatória de medicamentos, mas sim com a entrega do remédio recomendado, após um diagnóstico exato, fundado, se preciso, em exames laboratoriais.

Os hipossuficientes, portadores do vírus da imunodeficiência humana – HIV, devem combater a omissão ilegal estatal em afronta ao direito líquido e certo de receber a adequada medicação contra a síndrome da imunodeficiência adquirida – AIDS, compelindo os entes estatais ao fornecimento do exame laboratorial apto ao diagnóstico preciso e tratamento eficiente.

O entendimento esposado decorre da atuação mais precisa da hermenêutica jurídica em interpretação lógico-sistemática e teleológica³⁴ dos vários textos legais apreciados, sob o enfoque dos direitos humanos.

33. “Constitucional. Recurso ordinário. Mandado de segurança objetivando o fornecimento de medicamento (Riluzol/Rilutek) por ente público a pessoa portadora de doença grave: Esclerose Lateral Amiotrófica – ELA. Proteção de direitos fundamentais. Direito à vida (art. 5º, *caput* CF/88) e direito à saúde (arts. 6º e 196 CF/88). Illegalidade da autoridade coatora na exigência de cumprimento de formalidade burocrática.” (STJ – RO em MS n. 11.183/PR, *DJU*, de 4.9.2000).

34. Aurélio Agostinho Verdade Vieito escreve sobre interpretação sistemática: “Após a análise semântica da lei e de sua estrutura interna, faz-se necessário abrir os horizontes, comparando-a com outros dispositivos legais e inserindo-a no contexto normativo. Mas, como mencionado, os elementos lógico e sistemático não podem ser destacados, e sim utilizados conjuntamente, pois na medida em que se comparam vários dispositivos, faz-se necessária a análise lógica; e não se compreende uma abordagem lógica sem visão de conjunto, do todo. (...) O elemento sistemático, abordado separadamente, como defendido por vários autores, ‘consiste na pesquisa do sentido e alcance das expressões normativas, considerando-as em relação a outras expressões contidas na ordem jurídica, mediante comparações’. (...) Esse elemento começou a ser utilizado em uma fase mais adiantada da Escola da Exegese, pois, embora não seja apegado ao sentido literal ou a estrutura interna da lei, como o elemento filológico e o lógico, passou a ser utilizado para impedir contradições. (...) Ele é imprescindível, tendo em vista que o ordenamento jurídico é um todo harmônico que guarda sintonia entre as partes. Do contrário, não existiria um ordenamento jurídico, senão um amontoado de leis. (...) O direito objetivo, de facto, não é um aglomerado caótico de disposições, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, em que cada um tem o seu porto próprio. Há princípios jurídicos gerais de que os outros são deduções e

Efetivamente, ainda não existe norma legal expressa determinando essa específica prestação, mas a obrigatoriedade advém do contexto sistemático da normatividade referida, especialmente da Lei Federal n. 9.313, de 13 de novembro de 1996.

Amparemo-nos, para o desfrute do escopo almejado, sem olvidar as características dos direitos humanos, na interpretação lógico-sistemática das leis referidas – normas organicamente consideradas, dotadas de nítida caracterização protetiva.

corolários, ou então vários princípios condicionam-se ou restringem-se mutuamente, ou constituem desenvolvimentos autônomos em campos diversos. Assim, todos os princípios são membros dum grande todo. (...) O intérprete deve abrir os olhos para a realidade mais ampla em que está inserido o dispositivo interpretado. Os significados das palavras estão diretamente relacionados com seu contexto. (...) Esse elemento é essencial na abordagem constitucional, tendo em vista a unidade da Constituição. '*No cabe la interpretación de una norma constitucional aislada, puesto que ella hace referencia, está colocada en conexión significativa con las restantes prescripciones de la Constitución*'. (...) O princípio da unidade da Constituição será abordado oportunamente." (VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. *Da hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 62-63). Sobre interpretação teleológica, o mesmo autor leciona: "Grande avanço ocorreu na hermenêutica com o advento das teorias de Rudolf Von Ihering, que ressaltam a idéia do fim como característica essencial do direito. (...) 'No domínio do direito nada existe senão pelo fim e para o fim. O homem que pensa, que medita, há de achar sempre no domínio do direito o fim de cada uma destas instituições. A pesquisa desse fim constitui o mais alto objetivo da Ciência Jurídica, tanto sob o ponto de vista da dogmática do direito como sob o da sua história.' (...) O hermeneuta deve ter sempre como objetivo descobrir o escopo da lei, que é a síntese entre a *occasio legis* e a *ratio legis*, pois não se concebe a aplicação fria de sua letra sem correspondência com o bem comum, que é objeto de toda lei, por fundamento. (...) Cabe ao intérprete a extraordinária tarefa de atualizar o fim intrínseco da norma jurídica interpretada, com base na idéia central de que ela tem uma finalidade social. Os meios devem estar adequados aos fins, e estes conformes às necessidades sociais, pois não se concebe uma lei iníqua. (...) 'A interpretação da lei depende, por conseguinte, das circunstâncias. O critério para o julgamento das leis não é a verdade, mas um critério relativo, estabelecido em relação dos fins visados pelo direito em cada caso concreto. Em consequência, segundo Ihering, o conteúdo do direito é infinitamente variado porque infinitamente variada é a condição da vida humana.' (...) Anatole France, citado por Carlos Maximiliano, diz que 'compreender uma obra-prima é, em suma, criá-la em si mesmo, de novo.' (...) Andou bem o nosso direito ao instituir o estudo do fim colimado pela lei no artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil, segundo o qual "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Assim, rompeu o direito brasileiro em definitivo com a Escola da Exegese, ao consagrar a idéia do fim como objeto principal de pesquisa do jurista e aplicador do direito e determinando a sua abertura para o clamor social. Não deve este, pois, ficar enclausurado na norma fundamental, colocando a sociedade à margem do processo decisório. (...) A análise teleológica da Constituição é imprescindível, pois trata-se de um *estatuto jurídico do político* e, portanto, mais sensível às questões sociais, políticas e econômicas. E, como cita Carlos Maximiliano, 'aplica-se à exegese constitucional o processo sistemático de Hermenêutica, e também o teleológico, assegurada ao último

A interpretação teleológica ou finalista das normas suso referidas, participante do sistema interpretativo precedente, conduz à identificação na *mens legis* do intuito protetivo da dignidade da pessoa e do amparo ao direito à vida e ao direito à saúde, pois as normas devem ser interpretadas e aplicadas com atenção aos seus fins sociais e exigências do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Portanto, caberia ao operador do direito considerar o não fornecimento da prestação do exame laboratorial almejado, como descumprimento do comando normativo do artigo 1º da Lei federal n. 9.313, de 13 de novembro de 1996, de forma a impedir o desperdício de recursos públicos e o perecimento de muitas vidas humanas.

Dessa forma, as autoridades do sistema assistencial de saúde pautarão a conduta nos mencionados objetivos maiores do nosso Estado Democrático de Direito, estampados no artigo 3º da Constituição da República: “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

preponderância'. (...) Ainda, segundo Linares Quintana: *‘en la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico o finalista de la Constitución, que si es instrumento de gobierno, también y principalmente lo es de amparo de la libertad. La finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre. Por consecuencia, la interpretación de la ley fundamental debe orientarse siempre hacia aquella meta suprema. Y en caso de aparente conflicto entre la libertad y el interés del gobierno, aquella debe privar siempre sobre éste, porque no se concibe que la acción estatal manifestada a través de los cauces constitucionales pueda resultar incompatible con la libertad, que es el fin último del Estado, de la misma manera que resulta un absurdo admitir que el interés del mandatario pueda hallarse en pugna con el interés del mandante, en tanto aquél ejecute el mandato dentro de sus verdaderos límites.’* (...) O Estado de Direito tem seu fundamento na liberdade. Portanto, a finalidade primeira é protegê-la. Mas é importante ressaltar que, nas constituições que congregam valores sociais, a liberdade deve estar em consonância com o todo, de modo que não se pode admitir caprichos em nome da liberdade purista. (...) Decisões do Supremo Tribunal Federal mantêm o entendimento da necessidade do fator teleológico.” (VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade, op. cit., p. 65-66).

6. EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

O aparente surgimento de um novo modelo estatal, técnico e otimizado, impregnado pela filosofia pós-moderna que retira de foco o indivíduo, a pessoa, como analista do mundo à sua volta, resulta em tensão aplicada contra o modelo do Estado-providência.

Esse novo Estado pós-moderno absenteísta, diante de sua incapacidade de frear a fúria concentradora da globalização econômica com a assunção de empresas mundializadas em poderes incontrastáveis, enseja a diminuição prestativa estatal e eliminação do funcionalismo público.

As grandes fusões, o desemprego utilitarista, necessário ao nível de competição permitido pelo sistema econômico internacionalizado, a precarização do trabalho, o discurso da imprescindibilidade da globalização, especialmente considerada como queda das barreiras protecionistas do mercado interno de países emergentes e pobres, e o aumento da exclusão social, convergem como resultantes da nova lógica capitalista selvagem, efigiada pelo denominado neoliberalismo.

Nos países em desenvolvimento, onde sequer o Estado-providência ou social se implantou efetivamente, a transposição para o Estado pós-moderno, em contraposição ao direito constitucionalmente positivado, afronta o débito social acumulado na modernidade.³⁵

Em caminho inverso, como resistência ao discurso generalizado da impotência estatal, surgem os tribunais internacionais de direitos humanos para impelir os poderes nacionais a preservarem os direitos do

35. STRECK, Lênio Luiz. Constituição ou barbárie? A lei como possibilidade emancipatória a partir do estado democrático de direito. a resistência constitucional como compromisso ético. In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Coord.). *Anuário Ibero-americano de Direitos Humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 199-209.

homem mundializado, o cidadão do mundo, que aos poucos adquire personalidade internacional.³⁶

Na órbita interna, entretanto, o descumprimento sistemático dos preceitos garantidores da nova Constituição social de 1988 subsidia a doutrina da ineficácia dos direitos fundamentais, especialmente os econômicos, sociais e culturais, e por conseqüência subverte o princípio da dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito.

Endossamos as assertivas de Lênio Luiz Streck, ao pontificar que “a função do Direito – no modelo instituído pelo Estado Democrático de Direito – não é mais aquela do Estado Liberal-absenteísta”³⁷. Conclui o estudioso que “o novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais”.³⁸

O trabalho do operador do direito visa os elevados interesses e os anseios da nação, em cumprimento às diretrizes do Estado Democrático de Direito, portanto seus esforços devem focalizar o acesso à “ordem jurídica justa”.

Propicia os resultados almejados o novo “momento metodológico do direito processual caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções.”³⁹

36. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, ano 3, v. 3, n. 3, p. 31-63, 2002.

37. STRECK, Lênio Luiz, *Constituição ou barbárie?...*, cit., p. 206.

38. Idem, *ibidem*, p. 208-209.

39. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 21.

Citando João Mendes Junior, Cândido Rangel Dinamarco, ao mencionar a jurisdição constitucional, ensina que o processo é “meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis.”⁴⁰

O aparato doutrinário processual, que erige um instrumento efetivo de aplicação das normas em comento, encaminha atualmente a capacidade plena de atuação e eficácia do direito substancializado nos preceitos constitucionais, tolhido, certas vezes, pela doutrina constitucionalista tradicional de eficácia.

Fala-se em vulgarização dos direitos fundamentais e sua consequente desvalorização, tendo em vista tratarem-se os direitos sociais de normas programáticas, que simplesmente instituem parâmetros de atuação aos poderes públicos, sem qualquer oponibilidade jurisdicional.⁴¹

Não prospera mencionada crítica aos direitos sociais, s.m.j., pois nem todos os preceitos constitucionais concernentes aos direitos denominados “de segunda geração” estabelecem normas de eficácia programática, como o direito à moradia. Aqui o constituinte estipulou princípio e diretriz social a serem cumpridos pelos poderes públicos como programa de atividade estatal.

Alguns direitos sociais exsurgem de normas de eficácia plena, consoante classificação elaborada por Maria Helena Diniz, pois não demandam normas reguladoras, contendo “todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade da produção imediata dos efeitos previstos”.⁴²

40. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*, cit., p. 27.

41. LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Página eletrônica do Programa de pós-graduação em Direito da UFRGS. Disponível em: <<http://orion.ufrgs.br/mestredir/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 5 jun. 2002.

42. DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 112.

Outros erigem normas de eficácia restringível, porque permitem algumas restrições decorrentes da regulamentação indicada no preceito, embora obtenham de imediato força vinculante, produzindo todos os efeitos jurídicos almejados pelo constituinte.

Efetivamente, alguns direitos sociais constitucionais permaneceram adstritos à eficácia programática, todavia impedem a edição dissonante de normas infraconstitucionais aos seus comandos, indicam diretrizes políticas de atuação obrigatórias, informam o estado sobre as finalidades e valores sociais, condicionam a atividade discricionária estatal, orientam a integração e a interpretação jurídica das normas jurídicas e “estabelecem direitos subjetivos por impedirem comportamentos antagônicos a elas”.⁴³

Os direitos sociais à irredutibilidade salarial, à limitação da jornada de trabalho a oito horas e ao gozo de férias anuais, aplicáveis aos empregados e funcionários públicos, são ótimos exemplos de normas não programáticas.

Negar eficácia aos direitos sociais corresponde negar força vinculante à Constituição e ao Direito, que se apóia, necessariamente, nos comandos constitucionais.

Ululante a inadequação do entendimento que subtrai dos direitos sociais aplicabilidade imediata, por demandarem atuação estatal dissociada da realidade político-financeira, que não poderia restar vinculada pelos comandos constitucionais, pois, identicamente, os direitos civis e políticos clamam por atividade estatal, exigindo aparatos institucionais e políticos próprios para a adequada implementação. Este raciocínio, repise-se, emblema a negação do Direito.

43. DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*, cit., p. 116.

7. CONCLUSÃO

Portanto, a eficácia jurídica coexiste em normas fundamentais de caráter civil, político, econômico, social e cultural, mas nem por isso o direito materializa-se faticamente sem contendas.

As conquistas representadas em cada uma dessas normas, muitas vezes escritas a sangue e lágrimas, são patrimônios históricos da humanidade a serem preservados e desenvolvidos com todo o empenho dos operadores jurídicos.

A proteção jurídica do direito à vida e a exigência judicial da prestação dos serviços assistenciais à saúde, plenamente admitidos na praxe jurídica sem qualquer reflexão teórica, complementam-se pragmaticamente, revelando a necessária interação dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais e civis.

Restaurando, então, a discussão inicial concernente à legitimidade do custoso tratamento especializado, importa comentar algo sobre o conteúdo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Mencionado princípio constitucional ilumina, com seu valor irrenunciável e inalienável, todo o ordenamento jurídico, evidenciando-se como “limite e tarefa dos poderes estatais” e da “comunidade em geral”.⁴⁴

Macularia a dignidade da pessoa humana, a consideração do indivíduo como objeto despersonalizado, simples elemento numérico de gráficos, desconsiderado como sujeito de direitos⁴⁵, sob a argumentação utilitarista de que para o bem da maioria, alguns deveriam penar ou perecer.

44. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 46.

45. Idem, *ibidem*, p. 58.

Ingo Wolfgang Sarlet propõe uma conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana, ressaltando sua característica relacional e sua dimensão defensiva e prestacional:

*“Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de 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 tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”*⁴⁶ (grifos do autor)

Daí a correlação subsistencial necessária entre o princípio da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais ou direitos humanos, e o princípio do Estado Democrático de Direito.

Adotando os clássicos ensinamentos de Vicente Ráo, pode-se asseverar que o direito protege o homem perante a sociedade, estabelecendo uma reciprocidade de poderes e deveres, e assim dignifica a vida e visa o aperfeiçoamento do indivíduo.⁴⁷

O direito à vida e o direito à saúde, encartados dentre os direitos fundamentais expressos do elenco constitucional e de tratados internacionais de proteção de direitos humanos, portanto, merecem proteção máxima, descabendo qualquer interpretação normativa diferenciada, propiciadora de omissões estatais e da coletividade, admitindo indispensáveis os valores albergados na Constituição e, por conseguinte, pelo sistema jurídico pátrio.

46. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais*, cit., p. 60.

47. RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4. ed. anot. e atual. por Ovidio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1. p. 49-50.

Conferir aos direitos estudados eficácia limitada em virtude de dificuldades na implantação de programas estatais de metas econômicas e sociais, ou pior, conferir-lhes natureza dispositiva, representaria negar os valores constitucionais evidenciados e a vigência da normatividade colacionada.

As palavras do professor André Franco Montoro merecem destaque:

“É certo que forças poderosas atuam continuamente com habilidade e competência, no sentido de impor à sociedade normas que atendem a seus interesses e objetivos, muitas vezes contrários ao bem comum (...). É certo também que vivemos em uma sociedade marcada pela injustiça. Mas essa situação, em lugar de diminuir, só pode aumentar a importância e a responsabilidade dos cultores do direito. Ela nos obriga a rejeitar, com maior veemência, o papel que se pretende impor ao jurista: o de instrumento insensível destinado à defesa de um sistema de interesses estabelecidos.”⁴⁸

Neste derradeiro momento, pretende-se exortar os estudiosos operadores do direito a albergarem a plena efetividade dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, municiados pelas experiências jurídicas vivenciadas pelos direitos à vida e à saúde, e suas profícuas correlações.

BIBLIOGRAFIA

ABBADE, Áurea Celestes da Silva. Bioética – Biodireito – Ética e os experimentos em seres humanos. *Aids e o Direito*, Boletim do Grupo de Apoio e Prevenção à AIDS de São Paulo – GAPA, n. [1], p. 4-7, [2001].

CASTILHO, José Roberto Fernandes. Os direitos humanos e suas gerações. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 35, p. 173- 181, jun. 1991.

48. MONTORO, André Franco. Prefácio. In: MIGUEL, Jorge. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993. p. 15.

CENTRO de Referência e Treinamento do Programa DST/AIDS – SP. *Boletim Epidemiológico*, n. 2, out. 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GONÇALVES, Flávio José Moreira Gonçalves. Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 31-43.

LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Página eletrônica do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS. Disponível em : <<http://orion.ufrgs.br/mestredit/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 5 jun. 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 98-119.

MONTORO, André Franco. Prefácio. In: MIGUEL, Jorge. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

MORAES, Guilherme Peña. *Direitos fundamentais: conflitos e soluções*. Niterói: Frater et Labor, 2000.

PEREIRA, Tânia da Silva. A adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 125-140.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; AGAZZI, Anna Carla. Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro: interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição federal de 1988. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 203-239.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 maio 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Constituição ou barbárie? A lei como possibilidade emancipatória a partir do estado democrático de direito. A resistência constitucional como compromisso ético. In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Coord.). *Anuário Ibero-americano de Direitos Humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. p. 199-209.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, ano 3, v. 3, n. 3, p. 31-63, 2002.

TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 21-163.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. *Da hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WERNECK, Jurema. Vulnerabilidade das mulheres negras. *MAIS*, São Paulo, ano 8, n. 16, p. 6-7, maio 2001.

ZORZETTO, Ricardo. *O Brasil terá teste gratuito de genotipagem do HIV*. Comunicação Unifesp – Saúde Paulista – Reportagens. Disponível em: <<http://www.unifesp.br/comunicacao/sp/ed04/reports1.htm>>. Acesso em: 19 maio 2002.

A CREDIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

André Brawerman¹

Resumo: As dificuldades econômicas e a crise na segurança pública são campos férteis para a proliferação de atos arbitrários do Estado, muitas vezes, subscritos pela vontade popular – por meio do voto – em que pretensos *salvadores da pátria* apresentam projetos de lei que afrontam os direitos fundamentais, como a pena de morte, redução da menoridade penal etc. Nesse contexto, a responsabilidade pelo controle das maiorias – *a tirania popular* – e de todos os atos estatais contrários aos direitos humanos é do Poder Judiciário, que deve apaziguar os conflitos sociais, com a harmonia das medidas tomadas para preservar a segurança pública, em conjunto com a garantia dos direitos fundamentais.

Sumário: 1 - Recessão econômica, crime organizado e defesa dos direitos fundamentais; 2 - A credibilidade do Poder Judiciário; 3 - O Poder Judiciário como controlador do poder da maioria – a democracia limitada; 4 - Proteção de uma Constituição dirigente (programática); 5 - A proteção contra as maiorias – cláusulas pétreas; 6 - A pedra angular de proteção aos direitos fundamentais.

1. Procurador do Estado de São Paulo, Professor de Direito Constitucional da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da PUC/SP.

1. RECESSÃO ECONÔMICA, CRIME ORGANIZADO E DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A defesa dos direitos fundamentais deve ser intransigente em qualquer momento de um país. Essa luta deve ser ainda mais acentuada quando os valores da ordem jurídica se encontram em conflito com a vontade da maioria popular.

A história demonstra que quando fatores desestabilizadores da sociedade se acentuam, como, por exemplo, crise econômica, com o consequente aumento da massa de desempregados, miséria, violência, crime organizado, ataques às instituições e autoridades dos poderes da República, a importância de uma Justiça forte, independente, honesta, imparcial e, principalmente, capaz de transmitir *credibilidade* e esperança a essa massa popular que clama por justiça, assume caráter fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, o descrédito da população na Justiça, diariamente ofendida em razão da *omissão* estatal, seja na área social ou da segurança pública, principalmente aos cidadãos marginalizados, sem oportunidade de alcançar o *pleno emprego* – prometido pela ordem constitucional; ou a segurança pública – garantida pelas instituições legitimadas pela Carta Máxima, acarreta o desespero social em que *salvadores da pátria* surgem, nesse campo fértil, com idéias grotescas que representam um retrocesso na evolução dos direitos fundamentais e na construção histórica de um verdadeiro Estado de Direito.

Nesses momentos de baixa estima nacional, em que apenas aparentemente o crime organizado supera a ordem constitucional, a vontade popular pode enveredar em caminhos sombrios, para apoiar medidas desarrazoadas, como o toque de recolher; pena de morte, penas cruéis, trabalho forçado para os presidiários etc.

Nesse contexto social, a defesa dos direitos humanos torna-se sinônimo de defesa dos direitos “dos bandidos” – o que representa, no mínimo,

desconhecimento das inúmeras vertentes dos direitos fundamentais – limitando-se apenas à visão simplista do incômodo premente relacionado com a segurança pública e o desemprego.

O problema se acentua quando essa visão emocional deixa as ruas e ganha os tribunais, como o seguinte voto proferido em *Habeas Corpus*:

“(...) está muito em voga, hodiernamente, a utilização ad *argumentandum tantum*, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, seqüestram, destroem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarda nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente por aqueles que, impensadamente, cometem os censurados delitos, trazendo a dor aos familiares das vítimas.” (STJ – RHC n. 2.777/RJ, 6ª T., rel. Min. Pedro Acioli, RSTJ 59/69 – g. n.)

É *óbvio ululante* – como diria Nelson Rodrigues – que os direitos fundamentais não servem de salvaguarda para práticas ilícitas. Basta verificar que o Texto Constitucional repudia os crimes bárbaros.

No trato do crime organizado e narcotráfico, por exemplo, a Constituição não enseja qualquer tipo de dúvida quanto ao repúdio dessas condutas.

Determina a Constituição que “a lei considerará crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” (art. 5º, XLIII, CF).

O mesmo tratamento merece “a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (art. 5º, XLIV, CF).

O brasileiro naturalizado poderá ser extraditado, se comprovado o seu envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes (art. 5º, LI, CF).

Prevê, ainda, proteção especial à criança e ao adolescente, em programas de prevenção e atendimento especializado a dependentes de entorpecentes e drogas afins (art. 227, VII).

O combate ao tráfico ilícito de entorpecentes é repudiado, também, no artigo 243 da Constituição Federal, que determina o confisco de toda e qualquer gleba, em qualquer lugar do país e independentemente da extensão e do valor, onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

O repúdio constitucional acarreta inclusive a possibilidade de intervenção federal, em caso de comprometimento da ordem pública (art. 34, III, CF), ou até mesmo, em situações extremadas, a utilização das Forças Armadas, nos termos do artigo 142 da Constituição Federal.

O artigo 29 da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, expressamente, determina que “toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades, todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei, com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao realizar atos tendentes à supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nesta Declaração”.

Igualmente, o Pacto de San José da Costa Rica prevê, em seu artigo 27, a possibilidade de suspensão de garantias em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte.

O sistema normativo de proteção aos direitos fundamentais – ou se preferir – direitos humanos, se aglutinarmos os tratados e declarações internacionais, prevê direitos a todo ser humano – inclusive aos *bandidos* – mas também determina obrigações, principalmente a de respeitar a lei.

Nesta análise sistemática da Constituição, colocando lado a lado os direitos fundamentais e o repúdio ao crime organizado, podemos afirmar que a Constituição Federal permite o emprego das Forças Armadas para complementar as polícias federais, estaduais e municipais no combate ao crime organizado, objetivando dar tranqüilidade à sociedade brasileira, com inteira responsabilidade do Presidente da República, como comandante supremo das Forças Armadas, nos termos do artigo 84, XIII da Constituição Federal.

Não se trata de barbárie ou processos inquisitórios, a anormalidade deve ser tratada nos termos e limites previstos pela Constituição, sempre com o controle do Poder Judiciário, para assegurar a observância dos seus preceitos.

Segundo Ives Gandra da Silva Martins:

“À evidência, como tenho repetidas vezes escrito, no combate ao narcotráfico não se pode tolher os defensores da lei com restrições excessivas. É uma guerra. No momento, todavia, em que o criminoso é preso e fica sob a tutela do Estado, todos os seus direitos de cidadão devem ser assegurados, não se admitindo violências ou torturas, porque manifestamente proibidas pela lei suprema.”²

Como dito, portanto, a pecha de direitos humanos como direitos dos *bandidos* é equivocada. É preciso olhar todas as vertentes protegidas pelos direitos fundamentais, como, por exemplo, das vítimas da violência.

O Estado de São Paulo, de forma pioneira, editou a Lei estadual n. 10.354, de 25 de agosto de 1999, que dispõe sobre a proteção e auxílio às vítimas da violência, em que determina: orientar, assessorar as vítimas

2. Ives Gandra da Silva Martins, *Folha de S. Paulo*, 8 mar. 2003, Tendências/Debates, p. A 3.

nas questões de natureza criminal, civil e familiar, colaborar com a adoção de medidas imediatas de reparação ao dano ou lesão sofrida pela vítima, apoiar o ressarcimento do dano causado à pessoa ou ao patrimônio, garantir acesso à educação para os filhos que perderam o sustento familiar através de concessão de bolsas de estudos, dentre outros direitos.

Esse exemplo normativo demonstra – ainda mais – o engano em rotular os direitos humanos como advocacia do criminoso. Não há defensor de direitos humanos que não queira a punição do *bandido*, de acordo com os preceitos fundamentais, com o direito ao devido processo legal, presunção de inocência, pena prevista em lei, e a sua condenação correspondente ao grau de sua periculosidade – nada mais.

Aliás, a impunidade é repudiada pelos defensores dos direitos humanos, que advogam inclusive a utilização das Cortes Internacionais, se a Justiça local não tiver assegurada a sua independência e eficácia.³

Trocar a democracia, fundada na Constituição, pelo espetáculo da repressão ao criminoso, *a qualquer preço* – em desrespeito aos direitos humanos – protegidos na Constituição Federal como cláusulas pétreas – é um preço exagerado a se pagar.

Acreditar na simplista tese daqueles oportunistas, que se proliferam em momentos de *dificuldades econômicas e violência urbana desmedida*, com propostas abjetas de redução da idade penal, instituição da pena de morte, trabalho forçado, etc., com a promessa de que essas medidas resolverão todos os problemas é, como ilustra Lenio Luiz Streck, “aquele cidadão que perdeu seu relógio em meio a uma praça escura e, ao invés de

3. Nesse sentido, foi reconhecida a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo n. 89, de 3.12.1998. Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica): Artigo 62 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

procurá-lo nas imediações de onde o perdera, põe-se a procurá-lo, comodamente, embaixo de um iluminado poste de luz. (...) Perguntado do motivo de tal atitude – porque, à evidência, inútil – o cidadão responde: é bem mais fácil procurar aqui (...).”⁴

2. A CREDIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Em momentos tormentosos para a ordem constitucional, é necessário, mais do que nunca, renovar o voto de confiança no Poder Judiciário e em todas as funções essenciais à Justiça como os verdadeiros *salvadores da pátria* e dos direitos humanos.

A falta de credibilidade no Poder Judiciário – pedra angular do Estado Democrático de Direito – acarreta o sentimento geral de insegurança, com a solução dos conflitos pela lei do mais forte, surgindo grupos de extermínio, milícias armadas, desencadeando uma verdadeira guerra civil – aliás, como está acontecendo na Venezuela – onde o Poder Judiciário, corrompido e sem força moral nas suas decisões, fez eclodir o surgimento de duas grandes forças internas, que resolvem os seus problemas com as armas.

É nesse contexto que passamos a demonstrar a importância do controle de constitucionalidade das leis a cargo do Poder Judiciário, como limitador do poder do representante da maioria, cujo mandato é transitório.

3. O PODER JUDICIÁRIO COMO CONTROLADOR DO PODER DA MAIORIA – A DEMOCRACIA LIMITADA

O poder concentrado nas mãos dos representantes da maioria, dos sujeitos eleitos pelo povo, sem qualquer controle, representaria um modelo de Estado que persegue apenas a governabilidade.

4. Lenio Luiz Streck, *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 275.

Ao contrário, uma sociedade com uma Constituição definida quanto aos seus direitos fundamentais e um tribunal com amplas atribuições de controle significam o modelo de Estado voltado para a proteção dos princípios de direito, e não para decisões de governabilidade, a decisão política do momento.

É o que ensina Oscar Vilhena Vieira:

“Quanto mais prevalecer a regra da maioria como forma de expressão da vontade política, menores serão as atribuições de um tribunal de caráter constitucional. Em sentido inverso, quanto maior for o rol de princípios e direitos colocados pela Constituição a salvo das decisões majoritárias, mais amplas serão as atribuições de um tribunal constitucional.”⁵

Para Alexandre de Moraes,

“A legitimidade da Justiça constitucional consubstancia-se, portanto, na necessidade de exigir-se que o *poder público*, em todas as suas áreas, seja na distribuição da Justiça, seja na atuação do parlamento ou na gerência da *res pública*, pautado pelo respeito aos princípios objetivos e direitos fundamentais consagrados em um texto constitucional, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas e perda da própria legitimidade popular de seus cargos e mandatos políticos pelo ferimento ao Estado de Direito.”⁶

A democracia pode ser vista “como um *jogo*, a Constituição seria o *manual de regras* e, os *jogadores*, os agentes políticos representantes do povo. À jurisdição constitucional, nesse contexto, cumpre o papel de ser o *árbitro* do jogo democrático.”⁷

5. Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 25.

6. Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, São Paulo: Atlas, 2000, p. 76.

7. Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 48.

A partir desse controle é que se estruturam as declarações de direitos humanos, as noções de Estado de Direito e, a seguir, Estado Democrático de Direito – eis o constitucionalismo moderno.

4. PROTEÇÃO DE UMA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE (PROGRAMÁTICA)

A Constituição está em permanente teste. É necessário, portanto, um mecanismo forte de proteção, que possa efetivamente guardar e proteger os princípios fundamentais, um dia corporificados pela Assembléia Constituinte, legítima representante do Poder constituinte originário.

Proteger a Constituição não é tarefa fácil. As Constituições atuais, ditas liberais, tornam muito mais complexa a tarefa dos tribunais responsáveis por sua guarda e fiscalização.

A Constituição não é mais uma decisão política fundamental de um grupo vitorioso, frente às demais forças ideológicas. As modernas Constituições têm a característica de compromisso na esfera econômica e social, com programas de governo e metas a serem alcançadas.

Nesse passo, os tribunais com jurisdição constitucional, na posição de legisladores negativos, passam a exercer novas competências, entre as quais zelar pela aplicação da Constituição e substituir o legislador omissivo, com base em normas de conteúdo aberto, ou ainda a partir de normas de conteúdo conflitante, resultantes do caráter compromissário da Constituição, passando a ter também funções governativas, próprias das decisões políticas de quem administra o Estado.

5. A PROTEÇÃO CONTRA AS MAIORIAS CLÁUSULAS PÉTREAS

A lei é, apenas formalmente, a expressão soberana da vontade do povo.

O princípio majoritário não assegura o governo pelo povo, senão quando todos os membros da comunidade são concebidos e igualmente respeitados.

Ronald Dworkin adverte:

“Todos concordam que a Constituição proíbe certas formas de legislação ao Congresso e aos legislativos estaduais. Mas, nem juízes do Supremo Tribunal, nem especialistas em Direito Constitucional, nem cidadãos comuns conseguem concordar quanto ao que ela proíbe exatamente, e a discordância é mais grave quando a legislação em questão é politicamente mais controversa e criadora de divergência. Portanto, parece que esses juízes exercem um poder de veto sobre a política da nação, proibindo as pessoas de chegar a decisões que eles, um número ínfimo de nomeados vitalícios, acham erradas. Como isso pode ser conciliado com a democracia?”⁸

A idéia do controle pelo Poder Judiciário é a de que a Lei Fundamental não pode ser violada pela legislação de maiorias *transitórias*. Uma decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei, votada e aprovada pela maioria transitória (porque detentores de mandato eletivo, com prazo para conclusão) não pode ser dita como antidemocrática. Isso porque sua autoridade lhe é conferida pela vontade superior do povo, cristalizada nos *princípios da Constituição*.⁹

Foi exatamente isso o que ocorreu na Alemanha, no período nazista¹⁰. A Constituição de 1919, de Weimar, definida por todos os doutrinadores como uma Constituição modelo, garantidora dos direitos

8. Ronald Dworkin, *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 41.

9. Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, cit., p. 81.

10. Para uma análise detalhada do caminho “constitucional” do partido nazista para o poder nesse período, ver Oscar Vilhena Vieira, *A Constituição e a sua reserva de justiça*, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 98 e ss.

fundamentais do homem, dos princípios basilares do Estado, foi alterada pelo poder dominante, com aspecto de aparente legalidade:

“(...) a consagração efetiva da necessidade de sujeição da vontade parlamentar às normas constitucionais, com a conseqüente criação dos Tribunais Constitucionais europeus, ocorreu após a constatação de verdadeira crise na democracia representativa e do conseqüente distanciamento entre a vontade popular e as emanações dos órgãos legislativos, duramente sentida durante o período nazista. A inexistência de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos e de mecanismos que impedissem a criação de uma ditadura da maioria auxiliaram na criação do Estado Totalitário alemão, sem que houvesse quebra da legalidade formal, demonstrando a necessidade da adoção do *judicial review* pela Lei Fundamental alemã de 1949.”¹¹

Esse exemplo ilustra bem a importância das cláusulas constitucionais intangíveis serem efetivamente protegidas por um mecanismo que esteja fora das disputas do poder, um órgão que tenha como finalidade proteger esses princípios fundamentais, conforme ensina Dworkin:

“A existência da jurisdição constitucional como instituição política tem, precisamente, a missão – que é, ao mesmo tempo, sua fonte de legitimação – de fazer com que os problemas mais fundamentais, os conflitos mais profundos entre o indivíduo e a sociedade, sejam expostos e debatidos como questões de princípio, e não definitivamente resolvidos na arena das disputas do poder.”¹²

Caso não haja essa autovinculação, a Constituição poderia ser facilmente manipulada para atender aos interesses de apenas algumas das forças políticas que atuam na sociedade.

11. Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, cit., p. 22.

12. Ronald Dworkin, *Uma questão de princípio*, cit, p. 93.

Nos Estados de Direito, o caráter de norma fundamental que a Constituição deve ter, dentro do escalonamento hierárquico da ordem jurídica, pode ser visto como um *sistema de bloqueio à atuação estatal*, como uma espécie de garantia que a sociedade se auto-impõe como um mínimo necessário à manutenção do Estado de Direito.

Segundo Canotilho:

“Assim como Ulisses se atou aos mastros do navio para evitar o chamamento das sereias, também as pessoas se autovinculam a si próprias para evitar conflitos ou assegurar com mais operatividade as suas preferências. As sociedades e os indivíduos autovinculam-se através de uma constituição a fim de resolver os problemas resultantes da racionalidade imperfeita e dos desvios das suas vontades.”¹³

Em reforço, portanto, sobre os perigos do Poder Legislativo, citamos os ensinamentos do Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e outros célebres juristas, arrolados no seu clássico *A teoria das Constituições rígidas*:

“(…) os governos constituídos por eleição, quando não refreados, não são menos suscetíveis de se excederem do que os originários de designação hereditária. Acima da vontade do parlamento, devem sempre pairar os direitos da personalidade humana, desde que o Estado é um meio do qual o bem comum dos indivíduos membros da sociedade é o fim. Governar é servir, na frase dos escolásticos.”¹⁴

13. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 4. ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.385.

14. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A teoria das Constituições rígidas*, 2. ed., São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 59.

A questão da ditadura da maioria já é velha conhecida dos constitucionalistas. Em 1892, Ruy Barbosa, em célebre frase, definiu: “a violência se repete através dos séculos, como os sentimentos humanos passam pela mesma perversão em todas as ditaduras, nas ditaduras da multidão, ou nas ditaduras da espada.”¹⁵

Maurice Hauriou também alertava para esse problema:

“Já é hora de compreender-se que o poder *legislativo é ainda mais perigoso para as liberdades individuais que o poder administrativo (...)* chega a ser urgente proteger as nossas liberdades individuais contra as empresas deste poder; há uma relativa Bastilha a demolir, que é a crença na soberania do parlamento.”¹⁶ (g.n.)

Laveleye explica-nos porque a assembléia é mais temível que o monarca: “Este é muito mais contido pelo sentimento da sua responsabilidade, quer diante do povo, quer diante da história. Uma reunião de homens não conhece este sentimento. Nada a modera, e a sua responsabilidade é nula.”¹⁷

Sampaio Doria completa esse raciocínio:

“Há duas formas de tirania, a tirania dos reis e a tirania da plebe. Num e noutro casos, o que se trata é o império, sem contrastes, da vontade, de um só, ou da vontade de muitos. Ambos são condenáveis, e mais ainda o da plebe. Onde, nas massas deliberantes, há mais capacidade e maior idoneidade que nos reis, educados para esse fim? A ter de escolher se desgraça tamanha fosse inevitável, entre a onipotência dos reis, e a onipotência da plebe, certo que o

15. Ruy Barbosa, *O estado de sítio*, p. 73 (1892), apud Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A teoria das Constituições rígidas*, cit., p. 59.

16. Maurice Hauriou, *El constitucionalismo de la post-guerra*, apud Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A teoria das Constituições rígidas*, cit., p. 60.

17. Laveleye, *Le gouvernement dans la démocratie*, apud Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A teoria das Constituições rígidas*, cit., p. 60.

menor mal estaria na dos reis. Porque, ao menos, haveria pessoa certa, contra cuja cabeça pudessem aprumar-se os raios da vingança reparadora. Na onipotência, porém, da vontade geral, não há responsáveis, é o anonimato em massa (...).”¹⁸

O constitucionalismo moderno não é uma simples limitação à regra da maioria, como ensina Oscar Vilhena Vieira:

“É evidente que a regra da maioria desempenha papel de destaque nesse processo de decisão coletiva entre indivíduos iguais; porém, a decisão democrática não depende de um simples fato aritmético. Essa decisão deve resultar de um processo de formação livre e racional da vontade – e, portanto, a manutenção de certos direitos é tão essencial à democracia como a própria regra da maioria. Nesse sentido, o pré-comprometimento constitucional, por intermédio de cláusulas superconstitucionais, será moralmente legítimo toda vez que proibir os cidadãos de se *autodestruírem*, enquanto seres igualmente livres e portadores de direitos que protegem sua condição de dignidade humana.”¹⁹ (g.n.)

Assim, assume o controle de constitucionalidade o papel de mais importante instrumento de contenção do poder político nas democracias contemporâneas, chegando mesmo a ser considerado “elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático”.²⁰

Gustavo Binbenjón arremata:

“É que, por intermédio da sua *constitucionalização*, determinados princípios e direitos são subtraídos do embate político cotidiano,

18. Sampaio Doria, *Problemas de direito público*, apud Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A teoria das Constituições rígidas*, cit., p. 60.

19. Oscar Vilhena Vieira, *A Constituição e a sua reserva de justiça*, cit., p. 226.

20. Vital Moreira, Princípio da maioria de princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional, in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 178, apud Binbenjón, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, cit., p. 44.

ficando preservados contra maiorias legislativas ocasionais. A rigidez constitucional, pressuposto da supremacia de Lei Maior, e os mecanismos de controle da constitucionalidade representam, assim, os limites institucionais do poder da maioria.”²¹

Para a sobrevivência do pacto do Poder constituinte originário, deve-se adotar um modelo ideal, em que o constitucionalismo prevaleça sobre a democracia. Relendo, por exemplo, o artigo 1º de nossa Constituição Federal:

“Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado **Constitucional-Democrático** de Direito (...)”
(acrescentei)

Significa dizer, se os valores forem entendidos como tão fundamentais, que devem estar acima de deliberações produzidas inclusive por maiorias qualificadas, ou mesmo pela totalidade dos cidadãos, os tribunais ocuparão a posição de órgão máximo, dentro de uma estrutura constitucional.²²

O Poder Judiciário, portanto, assume uma função importantíssima dentro da harmonia dos poderes, em razão dessa tarefa singular de controlar os atos dos demais poderes.

Interessante metáfora, arquitetada por Ellis Katz, ajuda-nos a compreender melhor o sistema judicial de controle das leis:

“(...) a Constituição tem sido e continua a ser a âncora do sistema político americano. Mas a metáfora ‘âncora’ pode ser facilmente mal interpretada. Uma âncora, afinal, deve evitar dois perigos. Um óbvio perigo é que, se a âncora tornar-se muito frouxa, o barco vai

21. Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, cit., p. 45.

22. Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, cit., p. 37.

poder ser levado para muito longe do seu ancoradouro. Por outro lado, se a âncora estiver firme, o barco não pode derivar e, brigando com a amarra, pode afundar. Somente uma âncora bem lançada vai permitir que o barco permaneça, juntamente com as amarras, dentro de limites toleráveis. Ademais é verdade que o cabo da âncora, mais do que ela mesma, é crucial. É o cabo que determina quão longe o barco pode derivar para acomodar-se às mudanças da maré. O cabo deve manter o barco seguro à âncora para permitir que ele derive com a maré e para evitar seu naufrágio. Não vou forçar mais esta metáfora. Estou sugerindo que a Constituição continua a servir como a âncora do sistema político americano, de acordo com políticas contemporâneas para preservar valores. A Suprema Corte, é claro, é o cabo da âncora, permitindo que a política americana derive com a maré da opinião pública, sem nunca estar solta da âncora. E como cabo da âncora, a Suprema Corte tem que coibir dois perigos. Se ela for muito rígida na sua interpretação da Constituição (como talvez foi quando desafiou a política do *New Deal* de Franklin Roosevelt), corre o risco de destruir o barco, como quase fez em 1937. Por outro lado, se a Suprema Corte tornar-se muito flexível na interpretação da Constituição (como talvez tenha feito ao corroborar rápida expansão do papel federal depois da Segunda Guerra Mundial), corre o risco de jogar o sistema político à deriva em águas inexploradas.”²³

Após afirmar que a Suprema Corte americana vem fazendo bem o trabalho de cabo de âncora, conclui: “A Corte vai continuar, eu espero, a lembrar-nos de que estamos inabalavelmente submetidos à barganha que fizemos em 1787 e que os princípios corporificados por esta barganha devem ser preservados para as gerações futuras.”²⁴

23. Ellis Katz, Aspectos legais e judiciais do federalismo americano, *Revista de Direito Público*, n. 64, p. 103-130, out./dez. 1982.

24. Ellis Katz, ob. cit., p. 103-130.

A análise dessa metáfora mostra duas preocupações:

A primeira relacionada ao bom senso, à equidade que uma Corte deve ter, tendo em vista o incrível poder de dizer sobre a constitucionalidade de uma lei. Daí, no nosso entender, até pode existir uma certa margem (respeitadas as linhas da Constituição) para uma análise política da situação apresentada.

A segunda preocupação restringe-se aos princípios constitucionais, ou seja, pode-se adotar um critério político na decisão, sem contudo esquecer os princípios constitucionais, os compromissos originais que fazem parte de todo arcabouço jurídico do ordenamento jurídico, compromissos que, se forem quebrados, acarretam uma revolução, uma ruptura com a Constituição, e o início de uma nova, o fim de uma era e o início de outra, com outros valores, ou então a permanência de uma violação à Constituição, sem reprimendas.

Repare-se bem na afirmação do autor supra citado: “*os princípios corporificados por esta barganha devem ser preservados para as gerações futuras*”. Ou seja, admite-se a *mudança constitucional*²⁵, até mesmo para que seja preservada no tempo, mas não se admite a violação dos princípios daquele compromisso original, que deve ser levado no tempo, *para as gerações futuras*.

Dessa forma, a responsabilidade do Poder Judiciário, diante de situações sociais extremadas, é de garantir a preservação da ordem jurídica constitucional, do Estado Democrático de Direito.

Isso não significa a instalação de um governo de juízes e tampouco a tirania da magistratura. O Poder Judiciário, com o controle de constitucionalidade nas mãos, não está acima dos outros poderes.

25. Mudança constitucional é o fenômeno mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas. (Cf. Uadi Lammêgo Bulos, *Mudança constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54).

Os juízes interpretam simplesmente a lei. Não há oposição ao Poder Legislativo. Quem realiza oposição exerce uma vontade política e a atividade do juiz não é discricionária, devendo julgar nos termos da lei.

Se um ato da legislatura é considerado nulo, sem efeito, não é porque os juízes façam alguma oposição ao Poder Legislativo, mas porque o ato é proibido pela Constituição.²⁶

A função exercida é essencialmente judicial – a de interpretar os dispositivos legais, para aplicá-los à demanda submetida à sua decisão.

Segundo Mario Masagão:

“Se há possibilidade de predomínio absoluto de um dos poderes com subjugação dos demais, é de convir que o judiciário seja o menos apto dos três para implantar supremacia. Ele não pode expedir normas gerais, como o poder legislativo. Está limitado a decidir dos casos singulares que lhe são postos (...). Ele não dispõe, como o poder executivo, da força, da legião de subordinados, para tornar efetivas suas decisões. Pelo contrário, quando se torna necessário o emprego da força, o poder judiciário tem de solicitar ao poder executivo. A única força de que dispõe o poder judiciário, para se impor e para se fazer respeitar, é, em última análise, a força moral, o princípio de sua autoridade. Mas esta força ele tem que buscar, justamente, no respeito às leis e na manutenção estrita dos limites que lhe são assinados. A idéia da tirania do poder judiciário, nos regimes modernos, contém, em si, esta contradição: para que o poder judiciário se torne um tirano, é de mister que ele se despoje do único elemento de que dispõe, para que se possa impor: a pureza de sua atitude moral”.²⁷

26. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A teoria das Constituições rígidas*, cit., p. 142.

27. Mario Masagão, *Em face da Constituição Federal, não existe, no Brasil, o contencioso administrativo*, apud Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A teoria das Constituições rígidas*, cit., p. 144.

Dentre os regimes de controle existentes, na opinião de Paulo Bonavides, o controle jurisdicional é o mecanismo mais apropriado para exercer a tarefa de vigilância e manutenção da Constituição:

“Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é a coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis.”²⁸

6. A PEDRA ANGULAR DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Poder Judiciário não pode perder a sua credibilidade perante a sociedade. Por pior que seja a situação econômica e social do país, é no Judiciário que a população deve depositar sua última esperança na proteção aos direitos fundamentais.

A violência urbana – que se reflete hoje no crime organizado – não pode arranhar a força do poder da República que representa a pedra angular de nosso Estado Democrático de Direito.

Precisamos acreditar no Poder Judiciário. Crer na sua habilidade de preservar, aos mesmo tempo, a segurança pública e os direitos e garantias fundamentais. Somente com essa fórmula poderemos sobreviver às agressões da ordem criminosa.

A cidadania atreve-se a afirmar sua certeza de que as agressões aos fundamentos do sistema constitucional podem arranhar o alicerce, mas jamais derrubá-lo.

28. Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 272.

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das Constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CORWIN, Edward. *A Constituição Norte-Americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1994.

GOLDWIN, Robert, SCHAMBRA, William. *A Constituição Norte-Americana: capitalismo/democracia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KATZ, Ellis. Aspectos legais e judiciais do federalismo americano. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 64, p. 103-130, out./dez. 1982.

LOPES, Ana Maria D'Avilla. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Folha de S. Paulo*, 8 mar. 2003, Tendências/Debates, p. A 3.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: legislação e jurisprudência*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001. (Série Estudos, n. 13).

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *A Constituição e a sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

DIREITOS HUMANOS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

Flávia Piovesan¹

Sumário: 1 - Introdução; 2 - Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos; 3 - Jurisdicionalização dos Direitos Humanos na Ordem Internacional: Desafios e Perspectiva; 4 - Direitos Humanos e a Jurisdição Constitucional Internacional.

1. Professora Doutora da PUC-SP das disciplinas de Direitos Humanos e Direito Constitucional. Procuradora do Estado de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo é focar o processo de “jurisdicionalização dos direitos humanos”, sob o marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como seus reflexos e impacto no âmbito do Direito interno, sob o prisma constitucional.

Em um primeiro momento, será estudado o movimento internacional de proteção dos direitos humanos, avaliando-se o seu perfil, os seus objetivos, a sua lógica e principiologia. Será examinado o modo pelo qual os direitos humanos têm se projetado, cada vez mais, como tema de legítimo interesse da comunidade internacional. Especial ênfase será dada ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, enquanto legado maior da chamada “Era dos Direitos”, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo, como atenta Thomas Buergenthal.²

Em um segundo momento, serão lançadas considerações sobre os desafios e as perspectivas do processo de jurisdicionalização dos direitos humanos na ordem internacional.

Por fim, serão avaliados o reflexo e o impacto desse processo no plano do Direito interno, sob o prisma do Direito Constitucional contemporâneo.

2. SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

No dizer de Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.³

2. Thomas Buergenthal, prólogo do livro de Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. XXXI. No mesmo sentido, afirma Louis Henkin: “O Direito Internacional pode ser classificado como o Direito anterior à Segunda Guerra Mundial e o Direito posterior a ela. Em 1945, a vitória dos aliados introduziu uma nova ordem com importantes transformações no Direito Internacional.” (Louis Henkin et al, *International law: cases and materials*, 3. ed., Minnesota: West Publishing, 1993, p. 3).

3. Hannah Arendt, *As origens do totalitarismo*, tradução de Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Documentário, 1979. A respeito, ver também Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*:

Tendo em vista esse olhar histórico, adotam-se as lições de Norberto Bobbio, que sustenta que os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora declarações de direitos), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.⁴

O movimento de internacionalização dos direitos humanos é extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea.

Fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado; isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, essa concepção inovadora aponta a duas importantes conseqüências:

1^a) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos; permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacionais, quando os direitos humanos forem violados (transita-se de

um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 134. No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs: "Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos". (Ignacy Sachs, Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania, in Paulo Sérgio Pinheiro; Samuel Pinheiro Guimarães (Orgs), *Direitos humanos no século XXI*, Rio de Janeiro: Fundação Alexandre Gusmão, 1998, p. 156). Conferir

4. Norberto Bobbio, *Era dos direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1988, p. 30.

uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção “kantiana” de soberania centrada na cidadania universal);⁵

2ª) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito.

Prenuncia-se, desse modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.

Inspirada por essas concepções, em 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como um código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados.

A Declaração de 1948 inova a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e pela indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração de 1948 combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao da igualdade.

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

5. Para Celso Lafer, de uma visão *ex parte principie*, fundada nos deveres dos súditos com relação ao Estado, passa-se a uma visão *ex parte populi*, fundada na promoção da noção de direitos do cidadão. (*Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*, São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 145).

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Esse sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos. Nesse sentido, cabe destacar que, até junho de 2001, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 147 Estados-partes, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 145 Estados-partes, a Convenção contra a Tortura contava com 124 Estados-partes, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 157 Estados-partes, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 168 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, de 191 Estados-partes.⁶

A concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização desses direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade⁷. Ressalte-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu parágrafo 5º, afirma: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

Logo, a Declaração de Viena de 1993, subscrita por 171 Estados, endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, revigorando o lastro de legitimidade da chamada concepção contemporânea

6. A respeito, consultar *Human Development Report 2001, UNDP*, New York/Oxford: Oxford University Press, 2001.

7. Note-se que a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos da Criança contemplam não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, o que vem a endossar a idéia da indivisibilidade dos direitos humanos.

de direitos humanos, introduzida pela Declaração de 1948. Note-se que, enquanto consenso do pós-guerra, a Declaração de 1948 foi adotada por 48 Estados, com 8 abstenções. Assim, a Declaração de Viena de 1993 estende, renova e amplia o consenso sobre a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Adicionalmente, há um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema regional asiático. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da ONU com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado pelos sistemas interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção e, por isso, deve ser aplicada a norma que, no caso concreto, melhor proteja a vítima. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Essa é inclusive a lógica e a principiologia próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Feitas essas breves considerações a respeito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, transita-se ao exame do processo de jurisdicionalização do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

3. JURISDICIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM INTERNACIONAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Para enfrentar essa questão, importa enfatizar que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos envolvem quatro dimensões:

1) fixam um consenso internacional sobre a necessidade de adotar parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos (os tratados não são o “teto máximo” de proteção, mas o “piso mínimo” para garantir a dignidade humana, constituindo o “mínimo ético irredutível”);

2) celebram a relação entre a gramática de direitos e a gramática de deveres, ou seja, os direitos internacionais impõem deveres jurídicos aos Estados (prestações positivas e/ou negativas);

3) instituem órgãos de proteção, como meios de proteção dos direitos assegurados (ex: os Comitês, as Comissões e as Cortes); e

4) estabelecem mecanismos de monitoramento voltados à implementação dos direitos internacionalmente assegurados. (ex: os relatórios, as comunicações interestatais e as petições individuais⁸).

8. No que se refere aos relatórios, devem ser elaborados pelos Estados-partes dos tratados de proteção de direitos humanos, a fim de esclarecerem, perante os “Comitês”, o modo pelo qual estão dando cumprimento às obrigações internacionais assumidas. Os relatórios devem conter as medidas legislativas, administrativas e judiciais adotadas pelo Estado para implementar o tratado, bem como os fatores e as dificuldades enfrentadas. Essa sistemática é prevista em todos os tratados de direitos humanos. Por sua vez, através das comunicações interestatais, um Estado-parte pode alegar haver um outro Estado-parte incorrido em violação aos direitos humanos enunciados no tratado. Esse mecanismo vem previsto sob a forma de cláusula facultativa, exigindo que o Estado-parte faça uma declaração específica admitindo essa sistemática. Vale dizer, em se tratando de cláusula facultativa, as comunicações interestatais só podem ser admitidas se os Estados envolvidos, ambos (“denunciador” e “denunciado”), reconhecerem e aceitarem tal sistemática. Quanto ao direito de petição a organismos internacionais, pode-se afirmar que constitui a via mais eficaz, dentre os mecanismos de monitoramento. Por ela, na hipótese de violação de direitos humanos e respeitados determinados requisitos de admissibilidade (como o esgotamento prévio dos recursos internos), é possível recorrer a instâncias internacionais competentes, que poderão adotar medidas que restaurem ou reparem os

É a partir da feição estrutural dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos que se faz possível compreender a chamada “justicialização” ou “jurisdicionalização” dos direitos humanos.

O grande desafio do Direito Internacional sempre foi o de adquirir “garras e dentes”, ou seja, poder e capacidade sancionatórios. Retomem-se aqui as lições de Ihering, para quem “a espada sem a balança é a força bruta; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança”.

Vale dizer, no âmbito internacional o foco se concentra no binômio direito da força *versus* força do direito. O processo de justicialização do Direito Internacional, em especial dos direitos humanos, celebra, por assim dizer, a passagem do reino do “direito da força” para a “força do direito”.

Retomando Norberto Bobbio, as atividades internacionais na área dos direitos humanos podem ser classificadas em três categorias: promoção, controle e garantia. As atividades de promoção correspondem ao conjunto de ações destinadas à introdução e ao aperfeiçoamento do regime de direitos humanos pelos Estados. Já as atividades de controle envolvem as atividades que cobram dos Estados a observância de obrigações de direitos humanos por eles contraídas internacionalmente. Por fim, segundo Bobbio, a garantia dos direitos humanos no plano internacional só será implementada quando uma “jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos”.⁹

direitos então violados. Enfatize-se que o mecanismo das petições individuais, em geral, também vem sob a forma de cláusula facultativa, exigindo que o Estado expressamente o admita. Com exceção do artigo 44 da Convenção Americana, que prevê a qualquer pessoa ou grupo de pessoas o direito de recorrer à Comissão Interamericana (independentemente de declaração especial do Estado), os demais tratados de direitos humanos incluem o direito de petição sob a forma de cláusula facultativa, que exige do Estado um reconhecimento exposto do mecanismo.

9. Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, cit., p. 25-47.

Testemunha-se, hoje, o crescente processo de justicialização dos direitos humanos.

Pela primeira vez na história da humanidade, se instalou um Tribunal Penal Internacional, para julgar os mais graves crimes atentatórios à ordem internacional. Note-se que, desde 1948, a Convenção sobre a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, ao afirmar que o genocídio era um crime contra a ordem internacional, estabelecia que o mesmo deveria ser julgado pelos Tribunais do Estado em cujo território foi o ato cometido, ou por uma Corte Penal Internacional. O raciocínio era simples: a gravidade do crime de genocídio poderia implicar o colapso das próprias instituições nacionais que, assim, não teriam condições para julgar seus perpetradores, restando assegurada a impunidade. Por isso, há mais de cinquenta anos, já se antevia a necessidade de criação de um Tribunal Penal Internacional, cabendo menção ao legado das experiências dos Tribunais *ad hoc* de Nuremberg, Tóquio, Bósnia e Ruanda.

Em 17 de julho de 1998, em Roma, foi aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, por 120 votos favoráveis, 21 abstenções e 7 votos contrários (EUA, China, Israel, Filipinas, Índia, Sri Lanka e Turquia). A competência do Tribunal atém-se ao julgamento dos mais graves crimes internacionais, compreendendo o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão. A jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. O Estatuto consagra ainda o princípio da cooperação, pelo qual os Estados-partes devem cooperar totalmente com o Tribunal na investigação e no processamento de crimes que estejam sob a jurisdição dele. Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementariedade. A jurisdição do Tribunal Penal Internacional não substitui a jurisdição local, mas é a ela complementar e subsidiária.

O reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, em si mesmo, é ato de soberania do Estado brasileiro, não cabendo ao Estado, *a posteriori*, valer-se dessa mesma soberania para afastar a jurisdição internacional. Ressalte-se que o conceito tradicional de soberania nacional passa por um processo de redefinição na ordem contemporânea. Com efeito, se o conceito clássico de soberania absoluta do Estado foi criado à luz do processo de formação dos Estados nacionais (no século XVI), na ordem contemporânea há de se transitar da lente *ex parte principe* (fundada na noção de deveres dos súditos) para a lente *ex parte populi* (fundada na noção de direitos dos cidadãos), como observa Celso Lafer¹⁰. Em outras palavras, a releitura do conceito tradicional de soberania prima mais pelo eixo democrático “cidadania”, que propriamente pelo eixo “Estado”, o que vem a ser celebrado com a conquista do Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal Penal Internacional permite limitar a seletividade política atualmente existente. Os Tribunais *ad hoc*, criados na década de 90 para julgar os crimes ocorridos na Bósnia e em Ruanda, basearam-se em resoluções do Conselho de Segurança da ONU, para as quais requer-se o consenso dos 5 membros permanentes, com poder de veto, nos termos do artigo 27, parágrafo 3º da Carta da ONU¹¹. Ao contrário, o Tribunal Penal Internacional assenta-se no primado da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, permanente e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar direitos e combater a impunidade, especialmente a dos mais graves crimes internacionais. Consagra-se o princípio da universalidade, na medida em que o Estatuto de Roma aplica-se universalmente a todos os Estados-partes, que são iguais frente ao Tribunal Penal, afastando-se a relação entre “vencedores” e “vencidos”. Com isso, o Tribunal Penal Internacional é capaz de reduzir o

10. Celso Lafer, *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*, cit., p. 145.

11. De acordo com o artigo 27, parágrafo 3º da Carta da ONU: “As decisões do Conselho de Segurança, em todos os outros assuntos, serão tomadas pelo voto afirmativo de nove membros, inclusive os votos afirmativos de todos os membros permanentes (...)”. Desse modo, para a deliberação de questões materiais, faz-se necessário o quórum de 9/15, incluindo o consenso dos 5 membros permanentes. Daí nasce o poder de veto.

“darwinismo” no campo das relações internacionais, em que Estados fortes, com elevado poder discricionário, atuam como bem querem em face de Estados fracos – basta mencionar a oposição dos EUA à criação do Tribunal, temendo que norte-americanos sejam processados por crimes de guerra, quando do uso arbitrário da força em território de Estado-parte do Estatuto.

O Estatuto de Roma aplica-se igualmente a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada em cargo oficial. Vale dizer, o cargo oficial de uma pessoa, seja ela chefe de Estado ou de Governo, não eximirá sua responsabilidade penal e nem tampouco importará em redução de pena. Isso simboliza um grande avanço do Estatuto com relação ao regime das imunidades, que não mais poderá ser escudo para a atribuição de responsabilização penal.

Observe-se, contudo, que, no sistema da ONU, não há ainda um Tribunal Internacional de Direitos Humanos. Há a Corte Internacional de Justiça (principal órgão jurisdicional da ONU, cuja jurisdição só pode ser acionada por Estados); os Tribunais *ad hoc* para a Bósnia e Ruanda (criados por resolução do Conselho de Segurança da ONU) e o Tribunal Penal Internacional (para o julgamento dos mais graves crimes contra a ordem internacional, como o genocídio, o crime de guerra, os crimes contra a humanidade e os crimes de agressão). Seria fundamental a criação de um Tribunal de Direitos Humanos no âmbito da ONU.

Diversamente, nos sistemas regionais, seja o europeu, seja o interamericano, as Cortes de Direitos Humanos (Cortes Européia e Interamericana) têm assumido extraordinária relevância, como especial *locus* para a proteção de direitos humanos¹². A jurisprudência de ambas as Cortes, seja no exercício de sua competência contenciosa, seja no de sua

12. Observe-se que, no sistema regional africano, nos termos do Protocolo de 1997 à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos de 1986, é previsto o estabelecimento de uma Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, a fim de complementar e fortalecer a atuação da Comissão Africana de Direitos do Homem e dos Povos.

competência consultiva, tem consolidado uma importante arena para a proteção de direitos, quando as instituições nacionais se mostram falhas e omissas em fazê-lo.¹³

Notem-se, inclusive, os avanços dos sistemas regionais europeu e interamericano, no sentido do fortalecimento de sua justicialização. No sistema regional europeu, com o Protocolo n. 11, que entrou em vigor em 1º de novembro de 1998, qualquer pessoa física, organização não-governamental ou grupo de indivíduos pode submeter diretamente à Corte Européia demanda veiculando denúncia de violação por Estado-parte de direitos reconhecidos na Convenção (conforme o art. 34 do Protocolo). Houve, assim, a democratização do sistema europeu, com a previsão de acesso direto de indivíduos e organizações à Corte Européia de Direitos Humanos.

Já no sistema interamericano, de acordo com o artigo 44 do novo Regulamento da Comissão Interamericana, de maio de 2001, se a Comissão considerar que o Estado não cumpriu as recomendações de seu informe, aprovado nos termos do artigo 50 da Convenção Americana, submeterá o caso à Corte Interamericana, salvo decisão fundada da maioria absoluta dos membros da Comissão. Cabe observar, contudo, que o caso só poderá ser submetido à Corte se o Estado-parte reconhecer, mediante declaração expressa e específica, a competência da Corte no tocante à

13. A respeito da jurisprudência da Corte Interamericana, ver Luiz Flavio Gomes; Flávia Piovesan, *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Ver ainda Flavia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 5. ed., São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 225-249. Sobre o sistema europeu de proteção dos direitos humanos, ver Kevin Boyle, Europe: the Council of Europe, the CSCE and the European Community, in Hurst Hannum (Ed.), *Guide to international human rights practice*, 2. ed., Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992; Rosalyn Higgins, The European Convention on Human Rights, in Theodor Meron (Ed.), *Human rights in international law: legal and policy issues*, Oxford: Clarendon Press, 1992; Pieter van Dijk; G. J. H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 2. ed., Deventer: Kluwer, 1990; James E. S. Fawcett, *The application of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1987; e Donna Gornien, *Short guide to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe, 1991.

interpretação e aplicação da Convenção – embora qualquer Estado-parte possa aceitar a jurisdição da Corte para um determinado caso, nos termos do artigo 62 da Convenção Americana.

O novo Regulamento introduz, assim, a justicialização do sistema interamericano. Se, anteriormente, cabia à Comissão Interamericana, a partir de uma avaliação discricionária, sem parâmetros objetivos, submeter à apreciação da Corte Interamericana caso em que não se obteve solução amistosa, com o novo Regulamento, o encaminhamento à Corte se faz de forma direta e automática. O sistema ganha maior tônica de “juridicidade”, reduzindo a seletividade política que, até então, era realizada pela Comissão Interamericana.

Nessa linha, a regra passa a ser o envio do caso à jurisdição da Corte, salvo se houver decisão fundada da maioria absoluta dos membros da Comissão. Com isso, estima-se que, via de regra, todo caso não solucionado pela Comissão Interamericana, ou melhor, todo caso em que o Estado não tenha cumprido as recomendações por ela feitas, será apreciado pela Corte Interamericana.

Diante desse cenário, é necessário que se avance no processo de justicialização dos direitos humanos internacionalmente enunciados. Fri-se-se, no entanto, que a avaliação do legado dos últimos cinco anos (1998-2002) permite vislumbrar a marca do crescente processo de justicialização do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Basta apontar a quatro fatores: a) a criação do Tribunal Penal Internacional, mediante a entrada em vigor do Estatuto de Roma, em 1º de julho de 2002; b) a intensa justicialização do sistema interamericano, por meio da adoção do novo Regulamento da Comissão Interamericana, em 1º de maio de 2001; c) a democratização do acesso à jurisdição da Corte Européia de Direitos, nos termos do Protocolo n. 11, de 1º de novembro de 1998; e d) a adoção da sistemática de petição individual relativamente a tratados que não incorporavam tal sistemática, cabendo menção, a título de exemplo, ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de

Discriminação contra a Mulher, cuja entrada em vigor ocorreu em 22 de dezembro de 2000.

Ao tratar da importância da “justicialização” dos direitos humanos, afirma Richard Bilder: “(...) as Cortes simbolizam e fortalecem a idéia de que o sistema internacional de direitos humanos é, de fato, um sistema de direitos legais, que envolve direitos e obrigações juridicamente vinculantes. Associa-se a idéia de Estado de Direito com a existência de Cortes independentes, capazes de proferir decisões obrigatórias e vinculantes.”¹⁴

As Cortes detêm especial legitimidade e constituem um dos instrumentos mais poderosos no sentido de persuadir os Estados a cumprir obrigações concernentes aos direitos humanos. Daí a importância em se avançar no processo de criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, no âmbito da ONU.

Em face da sistemática atual, constata-se que, no sistema global, a justicialização operou-se na esfera penal, mediante a criação de Tribunais *ad hoc* e, posteriormente, do Tribunal Penal Internacional. No âmbito penal, a responsabilização internacional alcança indivíduos perpetradores dos crimes internacionais. Já nos sistemas regionais, a justicialização operou-se na esfera civil, mediante a atuação das Cortes européia e interamericana. No âmbito civil, a responsabilização internacional alcança Estados perpetradores de violação aos direitos humanos internacionalmente enunciados. Uma vez mais, reitera-se a relevância de instituir um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, que permitiria a responsabilização civil de Estados violadores dos direitos humanos, uma vez que o sistema global vê-se limitado à atuação dos Comitês, que têm capacidade de impor sanções morais e políticas aos Estados transgressores, mas não sanções jurídicas.

14. Richard Bilder, Possibilities for development of new international judicial mechanisms, in Louis Henkin; John Lawrence Hargrove (Eds.), *Human Rights: an agenda for the next century*, Washington: 1994, p. 326-327 e 334, (Studies in Transnational Legal Policy, n. 26).

Se, de um lado, faz-se necessária a judicialização dos direitos humanos, especialmente no sistema global, por outro lado, é emergencial ampliar a capacidade processual do indivíduo no sistema internacional, mediante sua democratização; isto é, a afirmação de instâncias jurisdicionais de proteção internacional dos direitos humanos deve ser conjugada com a consolidação do indivíduo como verdadeiro sujeito de direito no campo internacional. Há que se fortalecer o acesso à justiça internacional.

Se os Estados foram ao longo de muito tempo os protagonistas centrais da ordem internacional, testemunha-se hoje a emergência de novos atores internacionais, como as organizações internacionais, os blocos regionais econômicos, os indivíduos e a sociedade civil internacional (ex: organizações não governamentais internacionais). O surgimento de novos atores internacionais demanda a democratização do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Todavia, vale frisar a resistência de muitos Estados em admitir a democratização do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, especialmente no que tange à aceitação da sistemática de petição individual, que cristaliza a capacidade processual do indivíduo no plano internacional, como leciona Antônio Augusto Cançado Trindade.¹⁵

Com efeito, ainda é grande a resistência de muitos Estados em aceitar, por exemplo, as cláusulas facultativas referentes às petições individuais e comunicações interestatais. Basta destacar que: a) dos 147 Estados-partes do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, apenas 97 Estados aceitam o mecanismo das petições individuais (tendo ratificado o Protocolo Facultativo para esse fim); b) dos 124 Estados-partes na Convenção contra a Tortura, apenas 43 Estados aceitam o mecanismo das comunicações interestatais e das petições individuais (nos termos dos arts. 21 e 22 da Convenção); c) dos 157 Estados-partes na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, apenas 34

15. Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 8.

Estados aceitam o mecanismo das petições individuais (nos termos do art. 14 da Convenção); e, finalmente, d) dos 168 Estados-partes na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, apenas 21 Estados aceitam o mecanismo das petições individuais, tendo ratificado o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher.

Faz-se ainda fundamental que todos os tratados possam contar com uma eficaz sistemática de monitoramento, prevendo os relatórios, as petições individuais e as comunicações interestatais. Insiste-se na adoção do mecanismo de petição individual por todos os tratados internacionais de proteção de direitos humanos, já que esse mecanismo permite o acesso direto de indivíduos aos órgãos internacionais de monitoramento. Seria importante acrescentar ainda a sistemática das investigações *in loco*, apenas prevista na Convenção contra a Tortura e no Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Além disso, o desejável seria que tais mecanismos fossem veiculados sob a forma de cláusulas obrigatórias e não facultativas – ainda que isso pudesse oferecer como risco a redução do número de Estados-partes.

Nesse cenário, é fundamental encorajar os Estados a aceitar esses mecanismos. Não é mais admissível que Estados aceitem direitos e neguem as garantias de sua proteção.

Para os Estados violadores de direitos humanos, esses mecanismos podem gerar situações politicamente delicadas e constrangedoras no âmbito internacional. Estudos e pesquisas demonstram que o risco do constrangimento político e moral do Estado violador (*the power of embarrassment* ou *the power of shame*) no fórum da opinião pública internacional pode servir como significativo fator para a proteção dos direitos humanos. Ao enfrentar a publicidade das violações de direitos humanos, bem como as pressões internacionais, os Estados vêm-se compelidos a apresentar justificativas a respeito de sua prática. A ação

internacional e as pressões internacionais podem, assim, contribuir para transformar uma prática governamental específica referente aos direitos humanos, conferindo suporte ou estímulo para reformas internas. Com o intenso envolvimento das organizações não-governamentais, os instrumentos internacionais constituem poderosos mecanismos para a promoção do efetivo fortalecimento do sistema de proteção dos direitos humanos, no âmbito nacional.

Ressalte-se que, cada vez mais, o respeito aos direitos humanos tem se tornado um aspecto crucial de legitimidade governamental, tanto no âmbito doméstico, como internacional.

Em síntese, resta enfatizar que o aprimoramento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos requer: a) o reforço do sistema sancionatório internacional, mediante a imposição não apenas de sanções políticas ou morais, mas de sanções de natureza jurídica (doando ao Direito Internacional “garras e dentes”, mediante sua justicialização); b) o fortalecimento dos mecanismos internacionais existentes, utilizando-se deles de forma plena; e c) a democratização dos instrumentos internacionais, a fim de que se assegure a indivíduos e a entidades não-governamentais possibilidades ampliadas de atuação e um espaço participativo mais eficaz na ordem internacional.

Transita-se, desse modo, à reflexão final: Qual é o impacto e o reflexo do processo de jurisdicionalização da proteção internacional dos direitos humanos, sob o prisma do Direito Constitucional contemporâneo?

4. DIREITOS HUMANOS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

A análise dos direitos humanos, sob a perspectiva da jurisdição constitucional internacional, demanda, preliminarmente, seja desvendado o perfil do Direito Constitucional contemporâneo.¹⁶

16. A respeito do tema e das reflexões desenvolvidas neste tópico, ver Flávia Piovesan; Renato Stanzola Vieira, Força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa huma-

Como já abordado neste estudo, ao cristalizar a lógica da barbárie, da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, a Segunda Guerra Mundial simbolizou a ruptura com relação aos direitos humanos, significando o pós-guerra a esperança de reconstrução desses mesmos direitos.

É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que é possível compreender, no pós-guerra, de um lado, a emergência do chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos” e, de outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, tamanho o impacto gerado pelas atrocidades então cometidas.

Vale dizer, no âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, como aqui enfocado. É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. Note-se que esses eram exatamente os lemas do movimento do constitucionalismo instaurado no final do século XVIII, que fizeram nascer as primeiras Constituições escritas: limitar o poder do Estado e preservar direitos.¹⁷

Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana. Essa será a marca das Constituições europeias do pós-guerra. Observa-se, desde logo, que, na experiência brasileira e mesmo latino-americana, a

na, in Flávia Piovesan, *Temas de direitos humanos*, 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 355-398.

17. A respeito, ver o artigo 16 da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, semente do movimento do constitucionalismo: “Toda sociedade, em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. Nas lições de Canotilho, a Constituição busca a “domesticação do domínio político pelo Direito” e “tem sempre como tarefa a realidade: juridificar constitucionalmente esta tarefa ou abandoná-la à política, é o grande desafio. Todas as Constituições pretendem, implícita ou explicitamente, conformar o político”. (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, Coimbra: Almedina, 1988).

abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade humana demarcarão a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política – até porque tal feição seria incompatível com a vigência de regimes militares ditatoriais. A respeito, basta acenar à Constituição Brasileira de 1988, em particular à previsão inédita de princípios fundamentais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III).

Nesse sentido, conquanto essa radical transformação date já da década de 40, no caso brasileiro somente em 1988 erigiu-se um sistema constitucional consentâneo com a pauta valorativa afeta à proteção ao ser humano, em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca. Ressalte-se, ainda, a influência no constitucionalismo brasileiro das Constituições alemã (Lei Fundamental – *GrundGesetz*, de 23 de maio de 1949), portuguesa (de 2 de abril de 1976) e espanhola (de 29 de dezembro de 1978), na qualidade de Constituições que primam pela gramática dos direitos humanos e da proteção à dignidade humana. Note-se que, na Carta Brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo consagrada como princípio fundamental do texto (art. 1º, inc. III). Já a Lei Fundamental alemã é inaugurada com a proteção da dignidade da pessoa humana, afirmando-se ser ela inviolável, tendo todas as autoridades públicas o dever de respeitá-la e protegê-la (art. 1º)¹⁸. No mesmo sentido, a Constituição portuguesa de 1976 proclama, também em seu artigo 1º, ser Portugal uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular¹⁹. Já a Carta espanhola consagra

18. Estabelece a Lei Fundamental Alemã: “Artigo 1º - (Proteção da dignidade da pessoa humana): (1) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e a proteger. (2) O Povo Alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam, como direito directamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judicial.” (*A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, com um ensaio e anotações de Nuno Rogeiro, Coimbra: Coimbra Editora, 1996).

19. A Constituição portuguesa, de 12 de abril de 1976, prescreve: “Artigo 1º - Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.” (*Constituição da República Portuguesa*, 2. revisão, Coimbra: Almedina: 1989). Deve-se notar inclusive que a Constituição portuguesa teve a pre-

que a dignidade da pessoa e os direitos invioláveis que lhe são inerentes são fundamento da ordem política e da paz social.²⁰

A partir dessa nova racionalidade, passou-se a tomar o Direito Constitucional não só como o tradicional ramo político do sistema jurídico de cada nação, mas sim, notadamente, como o seu principal referencial de justiça. Cabe também anotar o verdadeiro sentido antropológico²¹ constante de todos esses documentos, por conta do explícito compromisso de proteção ao ser humano e de seus valores coletivos, em suas várias possibilidades.

Reafirma-se, aqui, que o Direito Constitucional contemporâneo, fomentado pelo pós-guerra, é um Direito aberto a princípios e a valores, com ênfase no princípio da dignidade humana. Compartilha-se, assim, das lições de José Joaquim Gomes Canotilho, no sentido de que se “o direito do estado de direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o *direito das regras dos códigos*; o direito do estado constitucional

caução de vedar expressamente emendas constitucionais que maculem os seus princípios fundamentais (art. 288).

20. A respeito, destaca-se a disposição expressa da Carta espanhola de 29 de dezembro de 1978: “*Título Primero - De los derechos y deberes fundamentales: 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 10.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*” (Constitución Española, 2. ed., Madrid: Civitas, 1997).
21. No dizer de Canotilho: “A Constituição da República não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito. (...) Pela análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado.” (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1995, p. 244). Acerca, ainda, do sentido antropológico aqui mencionado, destaca-se a obra de Ana Paula de Barcellos que, dentre outras passagens, assera: “O Estado e todo o seu aparato, portanto, são meios para o bem-estar do homem e não fins em si mesmos ou meios para outros fins. Este é, bem entendido, o valor fundamental escolhido pelo constituinte originário, o centro do sistema, a decisão política básica do Estado brasileiro.” (A *eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 26).
22. A “principalização” da jurisprudência através da Constituição, *Revista de Processo*, São Paulo,

democrático e de direito *leva a sério os princípios, é um direito de princípios.*”²²

Isso significa que as Constituições do pós-guerra passam a ser dotadas de um perfil renovado, marcado pela abertura aos princípios, pela incorporação dos direitos humanos e pela prevalência do valor da dignidade humana. Tais Constituições encontram-se em absoluta harmonia com a concepção contemporânea de direitos humanos, fundada na universalidade e na indivisibilidade desses direitos.

Essa é a vertente contemporânea do Direito do pós-guerra, tanto no âmbito internacional, como no âmbito local. Vale dizer, o pós-guerra demandou o resgate do fundamento ético da experiência jurídica, pautado no valor da dignidade humana, eis que o nazismo operou a barbárie no marco da legalidade.

Ao final da Segunda Guerra Mundial, emerge o repúdio à idéia de um ordenamento jurídico divorciado de valores éticos. Intenta-se a reaproximação da Ética e do Direito e, nesse esforço, surge a força normativa dos princípios, especialmente, do princípio da dignidade humana. Há um reencontro com o pensamento kantiano, com as idéias de moralidade, dignidade, Direito cosmopolita e paz perpétua. Para Kant, as pessoas e, em geral qualquer espécie racional, devem existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, enquanto irracionais, por isso, são chamados “coisas”, substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados “pessoas”, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor

ano 25, n. 98, p. 84, abr./jun. 2000. Para Canotilho: “Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; o Estado democrático é Estado de direito é só sendo-o é que é democrático. (...) O Estado Constitucional só é constitucional se for democrático.” (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit. p. 226).

23. A teoria moral kantiana exerceu enorme influência nos fundamentos de diversas teorias sobre direi-

intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios²³. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco. Desse modo, ressalta Kant, deve-se tratar a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim mesmo, nunca como um meio. Adiciona Kant que a autonomia²⁴ é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Lembra que a idéia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio de um princípio universal da moralidade que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres racionais²⁵. Para Kant, o imperativo categórico universal dispõe: “Aja apenas de forma a que a sua máxima possa converter-se ao mesmo tempo em uma lei universal.”²⁶

Se, no plano internacional, o impacto dessa vertente “kantiana” se concretizou com a emergência do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” (todo ele fundamentado no valor da dignidade humana, como valor inerente à pessoa), no plano dos constitucionalismos locais a vertente “kantiana” se concretizou com a abertura das Constituições à força normativa dos princípios, com ênfase ao princípio da dignidade humana. Pontue-se, ainda, a interação entre o Direito Internacional dos Direitos

tos. A respeito, consultar Jeremy Waldron (Ed.), *Theories of rights*, Oxford/New York: Oxford University Press, 1984.

24. Significativas teorias sobre direitos humanos tendem a enfatizar a importância e o valor da autonomia pessoal. Para J. Raz: “Uma pessoa autônoma é aquela que é autora de sua própria vida. Sua vida é o que ela faz dela. (...) Uma pessoa é autônoma somente se tem uma variedade de escolhas aceitáveis disponíveis para serem feitas e sua vida se torna o resultado das escolhas derivadas destas opções. Uma pessoa que nunca teve uma escolha efetiva, ou, tampouco, teve consciência dela, ou, ainda, nunca exerceu o direito de escolha de forma verdadeira, mas simplesmente se moveu perante a vida não é uma pessoa autônoma”. (J. Raz, *Right-based moralities*, In: Jeremy Waldron (ed.), *Theories of rights*, Oxford/New York: Oxford University Press, 1984, p. 191). J. Raz, em crítica ao enfoque moral individualista da autonomia pessoal, acentua que: “A existência de diversas escolhas consiste, em parte, na existência de certas condições sociais. (...) O ideal da autonomia pessoal é incompatível com o individualismo moral.” (Idem, *ibidem*, p.192-193).
25. A respeito, ver Immanuel Kant, *Fundamental principles of the metaphysics of moral*, in Allen W. Wood (Ed.), *Basic writings of Kant*, New York: The Modern Library, 2001, p. 185-186 e 192-193.
26. A respeito, ver Immanuel Kant, *Fundamental principles of the metaphysics of moral*, cit., p. 178.
27. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1.217.

Humanos e os Direitos locais, na medida em que aquele passa a ser parâmetro e referência ética a inspirar o constitucionalismo ocidental.

Uma vez mais, destacam-se as lições de Canotilho: “Se ontem a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional surgiam como categorias referenciais, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de “Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais”, no plano interno e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo. Esses parâmetros fortalecem as imbricações do direito constitucional com o direito internacional. (...) Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacionais tendencialmente informadores do Direito interno.”²⁷

Reitere-se: os direitos humanos passam a compor um enquadramento razoável para o chamado constitucionalismo global. Delineia-se um novo paradigma centrado na “tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos”. Desse modo, as

28. Cabe, a título ilustrativo, a alusão aos artigos 4º e 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal de

Constituições contemporâneas estão hoje cada vez mais vinculadas a princípios e regras de Direito Internacional, que se convertem em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais.

Nesse sentido, as Constituições ocidentais contemporâneas passam a contemplar não apenas forte densidade principiológica, mas cláusulas abertas, capazes de propiciar o diálogo e a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Tais cláusulas assumem extraordinária relevância, na medida em que se testemunha o crescente fortalecimento da proteção internacional dos direitos humanos, com destaque ao processo de sua jurisdicionalização, no campo internacional.

Isto é, a maior consolidação e jurisdicionalização do Direito Internacional requer sejam intensificadas as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Faz-se essencial o enfoque das ordens local, regional e global, a partir da dinâmica de sua interação e de seu impacto, guiados pelo valor da dignidade humana, como superprincípio a inspirar o Direito Interno e o Direito Internacional. O sentido maior dessa dinâmica é garantir a dignidade humana, enquanto aquele “mínimo ético irreduzível”, enquanto parâmetro a conferir validade a toda e qualquer norma. Em outras palavras, a gramática de direitos deve ser usada como o “teste” de legalidade de qualquer norma.

Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional, conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional, mediante a adoção de cláusulas constitucionais abertas²⁸, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos.

1988, bem como a alusão a dispositivos similares constantes das Constituições latino-americanas recentes. O artigo 4º consagra os princípios a orientar o Brasil nas relações internacionais, com ênfase na prevalência dos direitos humanos e na cooperação internacional. Já o artigo 5º, parágrafo 2º, inclui os direitos internacionais no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos.

29. A respeito, ver Immanuel Kant, *Fundamental principles of the metaphysics of moral*, cit.,

O aprimoramento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, mediante sua justicialização, requer dos Estados que criem mecanismos internos capazes de implementarem as decisões internacionais no âmbito interno. De nada adiantará a justicialização do Direito Internacional, sem que o Estado implemente, devidamente, as decisões internacionais no seu âmbito interno. Os Estados devem garantir o cumprimento das decisões internacionais, sendo inadmissível sua indiferença e silêncio, sob pena, inclusive, de afronta ao princípio da boa-fé a orientar a ordem internacional. Importa frisar que os parâmetros consagrados na ordem internacional, no campo dos direitos humanos, são parâmetros protetivos mínimos, livremente acolhidos pelo Estado, quando da incorporação de instrumentos internacionais, no exercício de sua própria soberania.

Há que se romper com a distância e o divórcio entre o Direito Internacional e o Direito Interno, notadamente quando se trata de direitos fundamentais. Intensificam-se a interação e a conjugação do Direito Internacional e do Direito interno contemporâneos, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e uma lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos.

Em um contexto cada vez mais caracterizado pela constitucionalização do Direito Internacional e pela internacionalização do Direito Constitucional, bem como pela necessária interação entre as esferas local, regional e global, vislumbra-se a progressiva elevação do valor da dignidade humana a parâmetro legitimador das ordens jurídicas contemporâneas, tanto no plano constitucional, como no internacional. Retomando aqui as lições de Kant, o cosmopolitismo ou a lei mundial devem ter como condição a idéia de hospitalidade universal. Ao sustentar o direito à hospitalidade universal, de forma visionária, Kant afirma que a humanidade estaria próxima a uma eventual “Constituição mundial”, acrescentando que “a idéia de um Direito cosmopolita ou mundial não é um fantástico e utópico modo de compreender o Direito, mas o desenvolvimento necessário de um código constitucional e internacional ainda não escrito, que se converterá no

Direito da humanidade. Apenas por essa via, e sob esse requisito, é que se alcançará a paz perpétua”.²⁹

Aos operadores do Direito resta, assim, o desafio de recuperar no Direito seu potencial ético e transformador, doando máxima efetividade aos princípios fundamentais que regem o Direito Internacional e interno, com realce ao princípio da dignidade humana. Que a cultura jurídica seja, portanto, capaz de construir o diálogo entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional contemporâneo, sob o primado da centralidade do valor da absoluta prevalência da dignidade humana, porque fonte e sentido de toda experiência jurídica.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E GARANTISMO JURÍDICO: FUNDAMENTOS PARA UMA FILTRAGEM HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL¹

José dos Santos de Oliveira²

Sumário: 1 - Introdução; 2 - Histórico da jurisdição constitucional; 3 - A jurisdição constitucional no Brasil; 4 - A teoria do garantismo jurídico; 5 - Constituição e direito penal; 6 - Aproximações filosófico-hermenêuticas; 7 - Filtragem hermenêutico-constitucional; Bibliografia.

-
1. Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, sob a orientação do Professor Tuany Pereira Custódio, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito, avaliada com nota máxima e distinção honrosa.
 2. Estagiário de direito concursado, credenciado na Procuradoria de Assistência Judiciária Cível de Taubaté.

DIREITOS HUMANOS NO COTIDIANO JURÍDICO

1. INTRODUÇÃO

A presente temática, escolhida para a conclusão do curso, trabalha a abordagem e demonstração das condições de possibilidade para uma filtragem hermenêutico-constitucional do Direito Penal, especificamente sobre as possibilidades de controle difuso da constitucionalidade.

Chama-se a atenção dos juristas e operadores do Direito para o fato de que há um novo modo de produção do Direito, um novo fundamento de validade, os quais decorrem do Estado Democrático de Direito. O hiato existente entre uma Constituição Federal que coloca à disposição da comunidade jurídica um conjunto de direitos e os mecanismos para a sua implementação e uma sociedade carente de tais direitos ocorre porque a dogmática jurídica ainda não se deu conta desse novo paradigma: a crise se instala porque o velho modelo ainda não foi suplantado pelo novo paradigma decorrente do Estado Democrático de Direito. Por isso, há que se perguntar qual a função do Direito nesse novo modelo instituído pela Constituição de 1988, levando-se em conta que a Constituição é principiológica, deontológica, dirigente e vinculativa.

Essa crise aparece com mais especificidade no campo do Direito Penal, no qual cada vez mais o longo braço da justiça penal atinge as camadas pobres da população. Nesse sentido, considerando-se que os ditames constitucionais apontam para a construção de uma sociedade justa e solidária, com a erradicação da pobreza e das desigualdades regionais, é fundamental que os crimes que colocam em xeque esses objetivos sejam punidos com mais rigor do que os que têm índole meramente interindividual. Ou seja, a Constituição traça os parâmetros para o bem jurídico-penal, fomentando, assim, um Direito Penal cada vez mais vinculado ao seu conteúdo substancial.

A temática partirá de uma radicalização da jurisdição constitucional, engendrada pelos rumos que tomou o constitucionalismo no mundo, desde sua origem até a instituição dos Tribunais Constitucionais. Ou seja,

diante do histórico do constitucionalismo no mundo, a partir da três grandes vertentes – inglesa, norte-americana e francesa, bem como pelo constitucionalismo dirigente europeu, a jurisdição constitucional assume papel relevante para a implementação do Estado Democrático de Direito. Para a concretização desse ideal democrático, o Direito Penal funciona como um braço armado da Constituição.

Outro ponto da pesquisa é a teoria geral garantista, alicerçada nos direitos fundamentais, que versa sobre uma revisão do critério de validade das normas jurídicas, vindicando uma relação material das relações sobre a validade, passando necessariamente pela construção de uma democracia substancial.

Assim, a partir da radicalização da jurisdição constitucional e da teoria do garantismo, visualiza-se a Constituição como documento constituinte da sociedade, mas tendo sua concepção aberta, tanto em relação às normas, como no tocante aos intérpretes.

Essa leitura constitucional do Direito Penal só é possível no campo da hermenêutica filosófica, que superou a filosofia da consciência, trazendo as contribuições da virada da lingüística, quando se rejeitou o essencialismo, inclusive no tocante ao texto constitucional.

Importa para a pesquisa o controle difuso de constitucionalidade, utilizando-se de novas formas, como a nulidade parcial sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição, sobretudo porque esses mecanismos viabilizam a filtragem hermenêutico-constitucional.

Ao final, serão indicadas hipóteses meramente exemplificativas da aplicação desses fundamentos em uma filtragem hermenêutico-constitucional do Direito Penal brasileiro.

Fica aqui, desde logo, assentado que o garantismo jurídico não é a salvação de todas as situações sociais, mas, em face da aguda distância entre o sistema penal e a Constituição, não se pode desprezar um contributo

para a operacionalidade do Direito do porte do garantismo, que prega, entre outras coisas, que a Constituição (em sua totalidade) deve ser o paradigma hermenêutico de definição do que seja um texto normativo válido ou inválido, propiciando toda uma filtragem dos dispositivos infraconstitucionais que, embora vigentes, perdem sua validade em face da Lei Maior.

É, portanto, o objeto do trabalho a demonstração dos fundamentos que se constituem em condições de possibilidade para o fenômeno da filtragem hermenêutico-constitucional do Direito Penal.

2. HISTÓRICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 O constitucionalismo

O caráter fragmentário do Estado Medieval foi fator determinante para o surgimento do Estado Moderno³. Rompendo com essa fragmentação, surge o Estado Absolutista, como sendo a primeira versão do Estado Moderno, que era desprovido de Constituição, entendida no seu sentido estrito. Esse Estado não nasceu democrático e liberal, e sim absoluto, ilimitado e arbitrário.

Thomas Hobbes ganha importância, pois, a partir de seu pensamento, também se estabelecem as condições de possibilidade para o surgimento da primeira versão do Estado Moderno. Para Thomas Hobbes, o homem vive inicialmente em estado de natureza, que se desdobra em uma permanente ameaça que pesa sobre a sociedade. Nesse estado de natureza, há uma liberdade absoluta, que faz com que o homem fique em “guerra de todos contra todos”. Conseqüentemente, diante desse estado de “guerra de todos contra todos”, o homem deve optar entre civilização e barbárie.

3. Sobre os fatores determinantes da fragmentariedade do Estado Medieval, que seria o germe de criação do Estado Moderno ver: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 70. Sobre a passagem da forma estatal medieval para o Estado Moderno, consultar: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 20-24.

Com isso, conforme Thomas Hobbes, faz-se um pacto de associação, pelo qual os homens submetem seus direitos a um soberano. Portanto, no fundo há uma delegação dos direitos para se evitar a barbárie⁴. A característica dessa forma de governo era a concentração do poder nas mãos do monarca, sem dependência ou controle de outros poderes, superiores ou inferiores. No Estado Absoluto, a limitação do poder não recebeu tratamento adequado.

Mas é exatamente o absolutismo que, dialeticamente, vai engendrar as condições para o surgimento de formas de controle do poder, através da exigência de mecanismos para conter o poder do príncipe: o constitucionalismo guarda uma idéia essencial que se reflete na limitação do poder.

Tornou-se necessário um avanço, engendrado pelo segundo contratualista John Locke. Surgiram, assim, as noções de liberdade e dos direitos intangíveis dos indivíduos, que abalaram profundamente a estrutura do Estado Absolutista. John Locke foi o fomentador dessas idéias de limitação da autoridade real pela soberania do povo. Pregava que o homem não delega todos os seus direitos ao soberano. O controle de constitucionalidade começa exatamente em John Locke, pois o contrato que separa a civilização da barbárie é tão importante que, se houver leis do Estado contrárias ao contrato, elas são inconstitucionais.

Em sua obra *Segundo tratado sobre o governo*, baseada nos princípios liberais da teoria contratualista, pregava a distinção entre os poderes Legislativo e Executivo, bem como o direito de insurreição dos súditos. Em caso de conflito entre o poder governamental e o povo, deve prevalecer a vontade soberana da comunidade nacional, que é a fonte única do poder. Com esse pensamento, Locke, que foi o pai do liberalismo, vai lançar as bases do ideal de governo limitado e nutrido pelo jusnaturalismo racionalista, que afirma a existência de direitos inerentes à natureza humana e preexistentes ao Estado.⁵

4. Consultar: DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do Estado*, cit., p. 12-13.

5. Consultar: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de, *Ciência política e teoria geral do Estado*, cit., p. 30-40.

Com isso, a legitimidade do exercício do poder político decorre do respeito às liberdades inatas e inalienáveis, os direitos naturais. O terceiro contratualista é Rousseau, com a idéia de democracia, legitimando o poder à vontade geral.

Daí ser razoável afirmar que o surgimento do constitucionalismo coincide, portanto, com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII e com o conseqüente advento do Estado Liberal.⁶

A burguesia vai reivindicar uma Constituição limitando o poder absoluto do monarca. Assim, diante do colapso em que entraram as monarquias absolutistas, é que ganha fomento a idéia de submissão da ação estatal a uma norma positiva que deve vincular a existência dos poderes e garantir a incolumidade das liberdades individuais frente ao Estado. A Constituição surge como exigência burguesa de limitação e racionalização do poder real, até então absoluto, que passa a se curvar aos interesses da nova classe dominante.

“Sob o aspecto formal, o constitucionalismo está ligado às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.”⁷

Pelo exposto até aqui, nota-se que o constitucionalismo, pelas suas características contratualistas, vai se firmar como sendo uma teoria que tem a Constituição como Lei Fundamental apta a limitar o poder, em prol dos direitos. O constitucionalismo se impõe, portanto, como um

6. Para tanto, consultar: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

7. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 33.

contraponto ao absolutismo. Há, assim, um movimento constitucionizador que gerará aquilo que contemporaneamente ficou conhecido como “a Constituição de um país”.⁸

2.2 O modelo inglês

A história do direito inglês pode ser resumida em quatro principais períodos:

“O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação da *common law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da *common law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas ‘regras de equidade’. O quarto período, que começa em 1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno, no qual a *common law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração.”⁹

Pode-se afirmar que, historicamente, o direito inglês vem se constituindo como resultado da atividade dos tribunais reais de justiça desde o início do segundo milênio, quando os normandos invadem a Inglaterra. Daí ser possível afirmar que a experiência constitucional inglesa não consagrou a supremacia de uma Constituição escrita, e sim do Parlamento.

8. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 225. Segundo o autor, esse movimento se dá em diferentes formas nos diversos Estados em que se forjou. Pelas especificidades de cada engendramento histórico, pode-se falar em diferentes constitucionalismos (o inglês, o norte-americano, o francês).

9. Sobre a história do direito inglês, consultar: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 355-379.

À primeira vista, sendo ilimitado o poder do Parlamento, e sua supremacia era dominante na Inglaterra, pois era expressão da vontade majoritária, não haveria lugar para a instituição de um mecanismo de fiscalização de constitucionalidade.

Na Inglaterra, não há uma Constituição formalizada prevendo controle de constitucionalidade. Não obstante isso, ainda na primeira metade do século XVII, na Inglaterra e em suas colônias, foi exercido, de certa forma, controle judicial da constitucionalidade.

A idéia de superioridade normativa não é de todo estranha à tradição inglesa, tendo tido uma importância ímpar para as colônias americanas.

Como já dito anteriormente, o constitucionalismo se impõe como um contraponto do absolutismo. Lenio Luiz Streck, na esteira de Pablo Trempe, ensina que:

“Contra as pretensões absolutistas dos Stuarts, Sir Edward Coke invocara um Direito superior à prerrogativa régia ao Direito estatutário: era o Direito proveniente da *common law*, de cuja interpretação os juízes eram donos e senhores. Com efeito, para defender os direitos dos ingleses, sistematicamente, Coke negou o direito da ‘prerrogativa real’ interpretando sempre de um modo restritivo os poderes da prerrogativa régia. Isso aparece em vários arestos que trazem a marca de Coke, que vão desde os direitos de aduana, subsídios e impostos, até as sentenças proferidas contra as decisões da Alta Comissão, consideradas arbitrárias e sem fundamento. Além disso, insurgia-se contra o costume do rei de ouvir o voto dos juízes separadamente, *extra iudicium*, limitando, ainda, o poder do tribunal da Chancelaria, que julgava com base na *equity*.”¹⁰

10. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 238.

As teses e decisões de Coke não visavam apenas a uma batalha política; tratava-se, fundamentalmente, de uma proposta constitucional (de certo modo, controle de constitucionalidade) profundamente inovadora, no momento em que a *iurisdictio* estava em plena crise e estourava o conflito entre a prerrogativa real e a *iurisdictio*. Importante para essas reflexões é a sentença do caso *Bonham* que, certamente, é a mais famosa e a mais discutida, podendo a ela se creditar a moderna instituição do controle de constitucionalidade das leis, por parte do Poder Judiciário.¹¹

“Nessa sentença Coke afirmou que a *common law* regula e controla os atos do Parlamento e às vezes os julga em todo nulos e sem eficácia, uma vez que, se um ato do parlamento é contrário ao direito e à razão comum, a *common law* o controla e o declarará nulo. Ficou, assim, estabelecido que existe um direito superior à lei do parlamento: um estatuto legal tem uma validade formal enquanto deriva do Parlamento, uma validade substancial quando é racional; o controle do seu conteúdo corresponde aos juízes da *common law*.”¹²

Com isso, Coke lançou as bases para a construção de um controle de constitucionalidade em sentido estrito, nascido nos Estados Unidos.

A doutrina de Coke predominou até a Revolução Gloriosa de 1688, tendo grande influência nos Estados Unidos, através do *judicial review* e a supremacia do Poder Judiciário. A partir de 1688, vinga na Inglaterra a supremacia do Parlamento. Na atualidade, é possível dizer que, *stricto sensu*, comparando-o com os diversos sistemas de controle estabelecidos nos diversos países do mundo, não há controle de constitucionalidade na Inglaterra. Na *common law* inglesa, toda regra legal está sujeita a mudança, seja pelos juízes, seja pelo Parlamento, mas, em *ultima ratio*, o que vai valer é a palavra do Parlamento.

11. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 239 e ss.

12. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 240.

Portanto, no que tange ao sistema de controle de constitucionalidade, no modelo inglês há uma ausência de fiscalização da constitucionalidade, no qual vigora a supremacia do Parlamento, e não a da Constituição; juízes e tribunais são incompetentes para conhecer e decidir qualquer questão de constitucionalidade.

2.3 O modelo norte-americano

Como já mencionado acima, a *common law* teve influência em solo norte-americano, onde triunfou¹³. Dentre as várias experiências norte-americanas, destaca-se o fato de que há uma Constituição de base legal moderada pela jurisprudência, em conexão com o controle de constitucionalidade.¹⁴

O Direito norte-americano¹⁵ pode ser dividido em três períodos ou fases: quando irrompeu a Revolução das Colônias, o Direito inglês era o único que os americanos conheciam e aplicavam, surgindo a grande questão acerca da continuidade da sua aplicação. O trauma revolucionário e o ódio contra os ingleses geraram a idéia de não absorção do Direito consuetudinário inglês¹⁶. A segunda fase consagra a “era do estilo formal”. Sob a inspiração de que um governo não pode ser de homens, mais sim de leis, os juristas americanos começaram a formular teorias sobre amplas áreas do Direito Consuetudinário, com o objetivo de reduzir todo o acervo a uma unidade controlada. Com isso, procurava-se encontrar uma saída para

13. Deu-se à *common law* norte-americana características próprias e particulares que confrontaram com a *common law* inglesa. O Direito americano evoluiu sob a influência de fatores próprios, e é profundamente diferente do tipo inglês. Os próprios conceitos se tornaram diferentes, e os dois Direitos já não se identificam pela sua estrutura. Não se deve, contudo, exagerar nas diferenças. Apesar delas, existe um fundo comum aos dois direitos, que é muito importante: o bastante para que os americanos se considerem membros da família *common law*.

14. A noção de Constituição e do seu valor superior a todos os demais atos da Federação e dos Estados federados e, em especial, a autoridade reconhecida aos tribunais na sua interpretação e na sua concretização são notas tão profundas no sistema e tão específicas que, com o mesmo sentido ou com a mesma intensidade, não poderiam passar para qualquer outra parte.

15. Sobre a história do direito norte-americano, consultar: DAVID, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 449-458.

16. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 249.

o elevado número de casos e precedentes, já então decididos e formulados pelos tribunais federais e estaduais.

Mas os tribunais continuavam a criar jurisprudência cada vez mais torrencial, quando então, numa tentativa de minimizar o problema da imensidão de julgados, surgiu o *report system*. Lenio Luiz Streck aponta que, em face dessa problemática, ressurgiu o interesse pela codificação, cujo projeto, porém, foi abandonado¹⁷. Engendraram-se, assim, as condições para a terceira fase, denominada de “era do grande estilo”. Portanto, não havia benefício em codificar as decisões judiciais, chamadas precedentes, uma vez que, constatando os tribunais a necessidade da reformulação da lei, ela seria feita pelo próprio Poder Judiciário.

Ao contrário do sistema romano-germânico, a jurisprudência na *common law* ultrapassa os limites da lide entre as partes, *constituindo fonte básica de criação do Direito*. A regra do precedente impõe aos magistrados regras de Direito destacadas de outras decisões.

Nos Estados Unidos, existe a mesma regra, conhecida como aquela de aderir aos precedentes e não alterar as coisas que já estão estabelecidas (*stare decisis*) que, porém, não funciona com o mesmo rigor da inglesa.¹⁸

A regra do *stare decisis* é importante porque o Supremo Tribunal e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados a suas próprias decisões e podem desviar-se de sua jurisprudência. Por outro lado, essa regra do *stare decisis* apenas funciona no tocante às matérias do domínio de competência dos Estados federados. Ainda sobre esse alcance dos precedentes, Lenio Luiz Streck nos traz a síntese de Brumbaugh: as decisões não são proferidas para que possam servir de precedente no futuro, mas, antes, para solver as disputas entre os litigantes. A autoridade do

17. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 250.

18. A existência de um sistema federativo faz com que seja necessário abrandar o sistema de precedentes, uma vez que é preciso evitar que se estabeleçam entre os direitos dos diversos Estados-membros diferenças consideráveis (Idem, *ibidem*, p. 256-257).

precedente dependerá e estará limitada aos “fatos e condições particulares do caso que o processo anterior pretendeu adjudicar”.

Em razão disso, os precedentes não devem ser aplicados automaticamente. Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente um *dictum*, que goza apenas de força persuasória.¹⁹

“Embora o texto da Constituição americana não tenha explicitado o controle de constitucionalidade e nem de que forma deveria ser feito, uma decisão já no nascedouro da república inaugura no mundo aquilo que se convencionou chamar de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis (*judicial review*).”²⁰

Por isso, John Marshall utiliza essa idéia de supremacia da Constituição e a doutrina cunhada por Sir Edward Coke para fundamentar seu célebre aresto²¹, ao julgar o famoso caso *William Marbury versus James Madison*. O juiz John Marshall declarou a supremacia da Constituição, que não poderia ser afrontada por um mero ato legislativo de cunho ordinário.

“Nesse julgamento, Marshall sustentou que se a Constituição era a base de todos os direitos, era imodificável pelas vias ordinárias, as demais leis teriam que estar de acordo com os princípios por ela consagrados; se confrontassem com estes, não poderiam ser leis verdadeiramente, isto é, não poderiam ser expressão do direito. Conseqüentemente, seriam nulas, e inexigível o seu cumprimento por quem quer que fosse, e a quem quer que fosse. Em continuação, sustentou que se era tarefa exclusiva do Judiciário dizer o que

19. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 260.

20. Idem, *ibidem*, p. 262.

21. Para ver o célebre aresto na íntegra, consultar: DECISÕES constitucionais de Marshall. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 1-27. Em 1803, sua decisão entraria para a história como o marco primeiro da jurisdição constitucional, que chega a ser considerada por Luís Roberto Barroso “a mais célere decisão judicial de todos os tempos”.

era o direito, a ele competia também verificar se uma lei era verdadeiramente lei, expressão do direito por ser fiel aos princípios da Constituição. Pois se duas leis entrassem em conflito, competiria ao juiz dizer qual das duas seria aplicável; igualmente, se uma lei entrasse em conflito com a Constituição, competiria ao juiz dizer se aplicaria tal lei, desconhecendo a Constituição, ou se aplicaria a Constituição, negando aplicação à lei.”²²

O que ficou estabelecido foi que, ou a Constituição vale mais que tudo, não podendo ser modificada por outros meios que ela não estabeleça num modo especial, ou a Constituição não vale nada e ter-se-ia, então, uma Constituição flexível. Nasce, assim, a noção de teoria das Constituições rígidas.

O modelo de jurisdição constitucional difusa norte-americana é esse, no qual juízes e tribunais são competentes para conhecer e decidir a questão constitucional, deixando de aplicar a lei ao caso submetido ao seu crivo, quando considerada inconstitucional, com possibilidade de recurso para a superior instância, inclusive para a Suprema Corte. Portanto, nos Estados Unidos não há controle concentrado de constitucionalidade. Funciona o controle difuso *stricto sensu*, ou seja, em qualquer lugar dos Estados Unidos onde é decidida uma questão, ela vai subindo recursalmente até a Suprema Corte, que emitirá uma decisão (precedente). Esse precedente (decisão) terá efeito vinculante no sistema. As leis são declaradas inconstitucionais somente no caso concreto. Mas, como os mecanismos da *common law* são no sentido de que uma decisão tem um precedente e gera efeito vinculante para o sistema, é como se a discussão ocorresse no controle concentrado.

22. SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 30.

2.4 O modelo francês

As doutrinas contratualistas de Rousseau (vontade geral) e Montesquieu (separação dos poderes) foram decisivas para os rumos que tomou o constitucionalismo na França, mormente no controle de constitucionalidade. Com isso, a vontade popular propalada por Rousseau e a importância que Montesquieu deu ao Legislativo (e a pouca importância que deu ao Judiciário), aliado ao fato de os juízes, por ocasião da Revolução, serem todos oriundos da aristocracia, fizeram com que se olhasse com extrema desconfiança a possibilidade de um poder não-popular modificar leis elaboradas pela vontade geral do povo²³. Para os revolucionários, somente duas funções de Estado eram importantes: fazer leis e executá-las. A apreciação judiciária não se afigurava relevante, até porque o juiz era tão-somente a boca da lei, uma máquina de silogismo, sem margem de criação.

A falta de fé nos juízes baseia-se no trabalho que eles haviam realizado em favor do monarca absoluto, trabalho esse caracterizado pelo conformismo e pela docilidade. Desde então fomentou-se uma tradição na França que se estende até nossos dias. A desconfiança com os juízes teve como reflexo a exclusão dos Tribunais da tarefa de garantir a Constituição, exclusão que marca o sistema francês e que tem influenciado o pensamento europeu sobre essa matéria.

O controle de constitucionalidade francês é, pois, exclusivamente preventivo. As leis orgânicas, antes da promulgação, e os regimentos das duas Câmaras do Parlamento, antes de começarem a ser aplicados, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional, para este se pronunciar sobre a sua conformidade com a Constituição.

“Para o mesmo efeito, as leis podem, antes da promulgação, ser deferidas ao Conselho Constitucional pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro, pelo Presidente da Assembléia, pelo

23. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 276.

Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores. Nestes casos o Conselho Constitucional tem um mês para decidir, podendo, porém, este prazo ser reduzido a oito dias, a requerimento do Governo. O envio dos diplomas ao Conselho Constitucional suspende o prazo de promulgação. Não pode ser promulgado nem aplicado nenhum preceito declarado inconstitucional, sendo que as decisões do Conselho Constitucional não admitem recurso e são obrigatórias para os Poderes Públicos e para todas as autoridades administrativas e jurisdicionais. É desnecessário, assim, agregar que, após a entrada em vigor da norma, nenhum juiz ou tribunal, nem mesmo o Conselho Constitucional, pode aceitar a discussão sobre a constitucionalidade de uma lei.”²⁴

Com efeito, observou-se na França um modelo de controle de constitucionalidade político e preventivo, exercido pelo Conselho Constitucional anteriormente à promulgação da lei; juízes e tribunais são incompetentes para conhecer e decidir qualquer questão de constitucionalidade.

2.5 Os tribunais constitucionais (*ad hoc*) europeus

O modelo de justiça constitucional moldado em tribunais *ad hoc*²⁵ não era novo e não foi uma descoberta de Kelsen. Lenio Luiz Streck, na esteira de Rui Medeiros, ensina que:

“As idéias de Kelsen sobre a justiça constitucional, mais do que ponto de partida, indicam um ponto de chegada. Assim, mesmo omitindo o precedente introduzido poucos meses antes da Checoslováquia ou os antecedentes austríacos do sistema desenhado pela Constituição de 1º de outubro de 1920, não se pode ignorar que o

24. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 281.

25. Sobre a expansão dos tribunais constitucionais ao longo do século XX e o controle de constitucionalidade nos países europeus que adotaram a fórmula dos tribunais *ad hoc*, consultar: BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36 e ss. e STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 283 e ss.

referido compromisso estava subjacente a alguns modelos filosóficos, projetos políticos, precedentes jurisprudenciais e doutrinas jurídicas que um pouco por toda a Europa preparavam o terreno da justiça constitucional no século XX.”²⁶

Buscava-se, além de se preservar a vontade geral proveniente da lei, pôr freios aos demais poderes. Mas, mais do que isso, a idéia de uma justiça constitucional nos moldes dos tribunais *ad hoc* tem uma relação direta com a importância que passaram a ter as Constituições. E, ao lado disso, a construção da idéia de Estado Democrático de Direito, como um *plus*, complementa o quadro que deu origem à contemporânea jurisdição constitucional. Assim, alguns países merecem ser destacados: Alemanha, Áustria, Espanha, Grécia, Itália e Portugal.

“É importante registrar que, com a criação dos tribunais *ad hoc*, a exclusão do juiz ordinário ou dos tribunais ordinários da tarefa de controlar a constitucionalidade das leis tem como fundamento antigas teses que levaram os revolucionários franceses à vitória no final do século XVIII. Ou seja, se a desconfiança nos juízes levou à radicalização na França, onde o controle de constitucionalidade, a partir de 1958, é preventivo e feito por um órgão político, essa mesma desconfiança levou, em outro nível, à exclusão dos juízes e/ou tribunais na maioria dos países da Europa, através do estabelecimento de Tribunais Constitucionais, fora da estrutura do Poder Judiciário.”²⁷

Surge, assim, a idéia de um tribunal que, não sendo parte do Poder Judiciário, pudesse assumir a moderação do sistema, a partir do controle acerca da interpretação da Constituição. Mas, por evidente, a composição

26. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 285.

27. Idem, *Ibidem*, p. 303.

desse tribunal não poderia ser feita aos moldes dos tribunais que constituem a cúpula do Judiciário, e, sim, buscou-se construí-la apelando à vontade geral dos franceses, ainda que indireta, a partir da efetiva participação do Poder Legislativo na sua composição.

“É razoável afirmar, nesse contexto, que sempre estiveram em jogo, de um lado, os pressupostos liberais, de preservação da legislação, onde o controle difuso-jurisdicional sempre assumiu enorme relevância, e, de outro, *as perspectivas político-jurídicas relacionadas à transcendência do problema da função do Direito*. Ou seja, mais do que o problema da legitimidade (ou da ausência de legitimidade) de os juízes poderem dizer se uma lei é ou não constitucional, ganhou força o papel dirigente do constitucionalismo, através do qual a própria Constituição, fruto de um pacto constituinte-fundante de uma nova ordem, já por si só estabelecia os caminhos político-econômico-sociais do Estado (normas auto-executáveis, p.ex.). Para dar efetividade a tais normas, tornava-se absolutamente insuficiente um mecanismo meramente difuso de controlar a compatibilidade dos textos ordinários com a Constituição (...).”²⁸

De certo modo, os Tribunais Constitucionais recuperaram a noção de vontade geral, através da fórmula de escolha dos juízes, com mandato fixo, não-renovável, reservando ao Poder Legislativo a tarefa do controle da legitimidade do Tribunal encarregado de fiscalizar a constitucionalidade dos atos normativos emanados dos Poderes Executivos e Legislativos. Veja-se, de forma exemplificada, a fórmula de escolha dos juízes constitucionais da Alemanha e Portugal.²⁹

28. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 307.

29. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 286-297. Na República Federal da Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal é composto por dezesseis membros, escolhidos entre juízes federais e outros membros (professores, juristas), sendo metade eleita pelo Parlamento Federal (*Bundestag*) e metade eleita pelo Conselho Federal (*Bundesrat*), representando, assim, simultaneamente, o povo da federação e os do *Länder*. Seu mandato é de 12 anos, não renovável. O Tribunal Constitucional da República Portuguesa é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembléia da República e três cooptados por eles.

2.6 A “revolução copernicana” no constitucionalismo

Como um novo paradigma para o Direito, o constitucionalismo do segundo pós-guerra foi fruto de uma profunda transformação interna do modelo paleo-positivista. Conforme acentua Luigi Ferrajoli:

*“El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar **principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial)**. O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones.”*³⁰

Se a Constituição é o fundamento ético-político da sociedade, é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade (de realização) do Estado Democrático de Direito³¹. Porquanto, do modelo de Constituição formal, no interior da qual o Direito assumia um papel de ordenação, passa-se à revalorização

Seis dentre os juízes designados pela Assembléia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos entre juízes dos restantes tribunais, e os demais dentre juristas. O mandato dos juízes é de nove anos, sendo vedada a recondução.

30. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 66.

31. Conforme José Luis Bolzan de Moraes: “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o

do Direito, que passa a ter um papel de transformação da realidade da sociedade, superando, inclusive, o modelo de Estado Social.

No Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito (CF de 1988) ainda estão aguardando sua implementação. Velhos paradigmas de Direito provocam desvios na compreensão do sentido da Constituição e do papel da jurisdição constitucional, conforme se verá a seguir a partir do fenômeno da “baixa constitucionalidade”.

Nesse sentido, ganha importância a lição de Jorge Miranda, trazida por Lenio Luiz Streck, afirmando que o Direito Público passou por uma *revolução copernicana*, ou seja, a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependeriam da *interpositio legislatoris* a uma fase em que se aplicam (ou são suscetíveis de se aplicar) diretamente nas situações da vida – não resultou só em mudanças do regime político ou da idéia constitucional. Resultou, sobretudo, no aparecimento de uma justiça constitucional, como tal estruturada e legitimada.³²

Por isso, não se torna suficiente, por exemplo, em nossa Constituição, o estabelecido no artigo 5º, parágrafo 1º, utilizado para assegurar a força normativa da Constituição, sem que haja justiça constitucional, pois traduziria o princípio da constitucionalidade sem eficácia prática.

A Constituição brasileira é densa de valores, compromissária e volta para a transformação das estruturas econômicas e sociais, como também traz em seu bojo os mecanismos para a implementação das políticas

aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem, e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência (...). Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito, vinculado ao *welfare state* neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade.” (MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 74-75).

32. Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 31.

do Estado Social, isto é, das promessas da modernidade, direcionadas para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante dessas observações, e tendo-se em mente o modelo de controle de constitucionalidade norte-americano, onde cabe ao Judiciário esse controle, é possível afirmar que, além dessa função, também cabe ao Judiciário controlar o caráter democrático das regulações sociais, quando o juiz passa a integrar o circuito de negociação política: garantir as políticas públicas, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos, por exemplo. Com isso, atribui-se ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva.

A partir dessa visão, acertadamente Lenio Luiz Streck aduz que:

“No Estado Democrático de Direito, em face do caráter compromissário dos textos constitucionais e da noção de força normativa da Constituição, ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro das decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional. O mesmo autor adverte que tal assertiva pode e deve ser relativizada, mormente porque não se pode esperar que o Judiciário seja a solução (mágica) dos problemas sociais. O que ocorre é que, se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc., dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição.”³³

Na medida em que nossa Constituição agrega valores de uma democracia econômica, social e cultural, o papel da justiça constitucional

33. Para uma melhor compreensão da temática, consultar: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. rev e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 44-45.

adquire fundamental relevância para o Estado Democrático de Direito. Além disso, o papel da filtragem constitucional, a ser realizada no plano da jurisdição constitucional, pode representar a revogação de toda legislação anterior incompatível com o novo texto constitucional e sua principiologia.

A partir do modelo representado pelo Estado Democrático de Direito, os tribunais estão vinculados à eticidade substantiva da comunidade e podem, portanto, agir de forma a aproximar a norma da realidade. Foi exatamente o que fez o Tribunal Constitucional de Portugal, ao aplicar a cláusula de proibição de retrocesso social, inerente ao Estado Democrático e Social de Direito:

“A partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. (Acórdão 39/84 do Tribunal Constitucional da República Portuguesa).”³⁴

Em suma, como visto, o constitucionalismo que tratava simplesmente de algumas questões básicas, deixando a resolução dos problemas da sociedade para a lei ordinária resolver, com o Estado Democrático de Direito, traz em si mesmo uma autoaplicabilidade. A própria Constituição estabelece direitos e, ao mesmo tempo, mecanismos para o resgate e efetivação desses direitos (as promessas da modernidade). Com isso, Constituição significa constituir a ação do Estado.

34. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 35.

3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

3.1 A “baixa constitucionalidade” no direito brasileiro

Sob a inspiração do ideário político francês – vontade geral e rígida separação entre os poderes – e da experiência constitucional inglesa – princípio da supremacia do Parlamento – a Constituição de 1824 não estabeleceu qualquer sistema de controle de constitucionalidade (art. 15, ns. 8º e 9º).

A existência do Poder Moderador, “chave de toda a organização política”, como proclamava a Constituição de 1824, longe de atenuar, antes agravava o desprestígio institucional da Lei Maior. Isso porque, nos termos do seu artigo 98 – e refletindo a influência das idéias de Benjamin Constant –, ao Imperador cumpria resolver os conflitos entre os Poderes, tarefa levada a cabo, evidentemente, no terreno político, e não jurídico. Portanto, durante o período imperial, não se reconhecia aos juízes o poder de recusar aplicação dos atos do Parlamento que contrariassem o texto constitucional.

“Era, enfim, a consagração da *volonté générale* em um país de escravos e onde o voto ‘popular’ era censitário. Observem-se, ademais, os graves problemas que decorriam dessa outorga de poderes ao Legislativo, sem controle de uma instância de controle. Como por exemplo, vale citar que, enquanto a Constituição de 1824, pelo artigo 179, XIX, estabeleceu que ‘Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis’, o superveniente Código Criminal de 1830 estabeleceu no artigo 60 que, se o réu fosse escravo e incorresse em pena que não a capital ou a de galés, seria condenado na de açoite, e, depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com ferro pelo tempo e maneira que o juiz determinar. Assim, não obstante a Lei Maior estabelecer o fim das penas de açoites, esta continuou a ser aplicada até a abolição da escravatura em 1888, de

forma teratológica como se pode perceber pelo exemplo citado. A escandalosa inconstitucionalidade não foi enfrentada, uma vez que a Constituição somente se aplicava aos homens livres. Contudo, clara foi a ausência de controle de constitucionalidade na Constituição Imperial.”³⁵

Por outro lado, foi deixada ao Poder Legislativo a tarefa de controlar a legalidade/constitucionalidade das leis. A mais alta Corte de Justiça do Império era o Supremo Tribunal de Justiça, composto de dezessete juízes, cinco dos quais portugueses de nascimento, sendo que somente sete eram brasileiros natos; todos eles eram originários da Casa de Suplicação, órgão instituído pelo colonizador. Esses juízes não tinham experiência no que se refere ao controle de constitucionalidade. A falta de instituição de uma forma de controle de constitucionalidade colocava a Constituição em um plano secundário, sendo absolutamente ineficaz e inoperante o modelo de “controle” legislativo estabelecido pela Constituição de 1824.

Parece não haver dúvidas de que a teoria constitucional brasileira nasce com a República e a Constituição de 1891. Com o advento do regime republicano surge então no ordenamento pátrio o primeiro modelo de controle de constitucionalidade.

O Brasil acabou importando o sistema de controle difuso jurisdicional vigorante nos Estados Unidos. Desde então, o Direito Constitucional brasileiro adota a técnica da aferição incidental da constitucionalidade das leis pelos órgãos do Poder Judiciário. Em caso de incongruência entre a lei e a Constituição, reconhece-se a juízes e tribunais o poder não apenas de conhecer do incidente de constitucionalidade, mas também o de resolvê-lo.

Assim, na Constituição de 1891, o controle difuso ficou demarcado no artigo 59, parágrafo 1º, “a” e “b”, atribuindo ao Supremo Tribunal

35. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 335.

Federal competência para julgar recursos das sentenças das Justiças dos Estados em última instância. Já o artigo 60 outorgava competência aos juízes ou tribunais para processar e julgar as causas em que alguma das partes fundar ação, ou a defesa, em disposição da Constituição. O Decreto n. 848, de julho de 1890, consagrou fórmula segundo a qual “na guarda e aplicação da Constituição e leis federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte”. Em 1894, foi promulgada a Lei n. 221 – Lei de Organização da Justiça Federal, que em seu artigo 13, parágrafo 10; estabeleceu que “os juízes e tribunais não aplicarão aos casos ocorrentes as leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais”.³⁶

Assim, representando embora inegável avanço, do ponto de vista democrático, pelo acesso direto à Constituição que proporciona às partes em litígio e aos juízes e tribunais, tal sistema exibiu, desde logo, algumas deficiências e outras tantas inconveniências, decorrentes de sua adoção em um país herdeiro da tradição jurídica romano-germânica.³⁷

O maior problema dessa nossa embrionária forma de controle decorria do fato de que não havia como dar efeitos *erga omnes* e vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal.

36. MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Instituto de Direito Constitucional: Celso Bastos, 1999. p. 373.

37. Não se deram conta os republicanos brasileiros que os Estados Unidos dispunham de uma fórmula advinda da tradição inglesa – *stare decisis* – de conceder efeito *erga omnes*, próprio do sistema da *common law* – às decisões da Suprema Corte em grau de recurso. Por incrível que possa parecer, em plena República, durante 43 anos, ficamos sob os auspícios de um sistema de controle jurisdicional difuso que somente funcionava *inter partes*. Lenio Luiz Streck nos explica com maestria: nos Estados Unidos, modelo que nos inspirou, vige o sistema jurídico denominado *common law*, em que, através da doutrina do *stare decisis*, cada decisão da *Supreme Court* tem efeito vinculante. Observe-se que o *stare decisis* é a regra costumeira, na medida em que não consta nem na Constituição e nem nos *statutes* (leis escritas). Assim, se a *Supreme Court*, ao examinar um recurso – porque somente por recurso um *case* de índole constitucional chega até lá, pela inexistência do controle concentrado de constitucionalidade – decidir que determinada lei ou dispositivo de lei é inconstitucional, pela regra do *stare decisis* nenhum juiz ou tribunal inferior poderá voltar a aplicar tal lei ou dispositivo. Estará, pois, vinculado ao *precedent*. (STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 341).

No nascedouro da República, embora praticante do modelo de direito romano-germânico, o Brasil optou pelo controle difuso de constitucionalidade, sem qualquer mecanismo que estendesse o efeito da decisão para o restante da sociedade. Durante o período compreendido entre 1891 até 1834, não houve qualquer possibilidade de uma decisão aproveitar outra. Ou seja, formal e tecnicamente, a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de um ato normativo, até o ano de 1934, ficava restrita às partes contendoras. Mesmo que o Supremo Tribunal Federal, apreciando recurso extraordinário julgasse inconstitucional uma lei, qualquer outro juiz ou tribunal poderia continuar a aplicá-la, exatamente pela ausência de um mecanismo que fizesse com que a decisão do Supremo Tribunal alcançasse todo o sistema jurídico.

Como a maioria dos membros do Supremo Tribunal era proveniente do Supremo Tribunal de Justiça do Império, *eles trouxeram para dentro do nosso sistema a velha tradição*³⁸. Observe-se assim que se repetia o mesmo problema ocorrido com a transição da Casa de Suplicação para o Supremo Tribunal de Justiça. Novos paradigmas eram trabalhados a partir de velhas estruturas de saber (e de poder). Como esperar que provecos magistrados, afetos a um modelo imperial-escravocrata, pudessem entender e perfectibilizar um modelo de Constituição e de controle judicial de constitucionalidade, uma vez que não havia controle de constitucionalidade

38. A velha Corte Judiciária do Império influiu na primeira fase do Supremo Tribunal Federal, apenas porque lhe forneceu os primeiros juizes, por via do aproveitamento e espírito de economia. Aproveitamento contraproducente, justamente pelo fato de os antigos juizes da Corte monárquica, já muito idosos e de espírito conservador, como o é geralmente o dos magistrados de carreira, foram chamados à missão política, extremamente complexa, e de todo diversa daquela a que se acostumaram em longa e rotineira existência. Devia ser algo de revolucionário a provecos juizes de instituições áulicas – no sentido jurídico-político e nobre da palavra áulico – a idéia de declararem inconstitucionais as leis, negando-lhes a eficácia no caso concreto trazido a seu julgamento ou anulando atos do Legislativo e do Executivo. Sólidos no Direito Romano e Reinol, afeiçoados alguns deles à cultura francesa e inglesa, distantes da norte-americana, tradicionalistas, leais às instituições monárquicas, esses magistrados, cujos nomes estão esquecidos, aderiram à República, mas, no fundo da mentalidade, eram prisioneiros do passado a que pertenciam. (STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 342).

no Império? Como esperar que juízes, que não estavam acostumados a julgar inconstitucional uma lei, pudessem exercer o controle de constitucionalidade? O Brasil continuou aplicando o novo modelo com um modo de operacionalidade do velho.

Foi implantada uma federação: a força estava na federação. Os tribunais nos Estados decidiam e não se fazia a unificação da jurisprudência, uma vez que o Supremo Tribunal Federal dizia que não tinha competência.

O fenômeno da “baixa constitucionalidade” que nos assola até hoje estava apenas em sua segunda fase...

Com a Constituição de 1934, o sistema de controle de constitucionalidade se tornou misto, com a competência atribuída ao Senado para suspender a execução de lei, ato, deliberação ou regulamento declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 94, IV)³⁹. Continuava prevalecendo o controle difuso de constitucionalidade.

A Constituição de 1934 pretendeu criar um corretivo para o sistema de controle puramente difuso até então adotado. Procurou-se, assim, dar efeito às decisões judiciais de inconstitucionalidade, corrigindo os inconvenientes acima apontados. Com isso, *inter partes* o efeito era *ex tunc*; para o restante da sociedade, desde que suspensa a execução do ato normativo pelo Senado, o efeito era *ex nunc* e *erga omnes*. É dizer, enquanto o Supremo Tribunal não mandasse ao Senado a lei declarada inconstitucional, e este não suspendesse a execução da lei, qualquer juiz ou tribunal poderia continuar a aplicá-la.

Portanto, o sistema difuso como um *plus* começa efetivamente em 1934, com a remessa ao Senado (pois de 1891 a 1934 houve um prejuízo).

39. O Supremo Tribunal Federal, que veio substituir o Supremo Tribunal de Justiça do Império, foi composto por juizes do velho regime (a maior parte do Supremo Tribunal de Justiça), sem conhecimento e experiência acerca do que era o controle jurisdicional de constitucionalidade.

A Constituição de 1937 continuou só considerando o controle difuso de constitucionalidade e manteve, em seu artigo 101, III, “b” e “c”, o recurso extraordinário, que assegurava o controle de constitucionalidade e a supremacia da Constituição, e a exigência de quórum especial para a declaração de inconstitucionalidade. A Carta de 1937 outorgada por Getúlio Vargas representou um visível retrocesso para a incipiente democracia brasileira.

No que se relaciona ao Poder Judiciário, a Carta de 1937, como já dito, manteve o controle difuso de constitucionalidade (sem remessa ao Senado), estabelecendo que, no caso de uma lei ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, que, a juízo do Presidente da República, fosse relevante e necessária para o bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Poder Executivo submetê-la novamente ao Parlamento; se este confirmasse a citada lei por 2/3 dos votos, em cada uma das casas, a decisão do Supremo Tribunal ficaria sem efeito.

A Constituição de 1946 manteve os princípios liberais-sociais da Constituição de 1934 e a legislação corporativa fruto da Era Vargas. De frisar que o Brasil não aproveitou os debates em torno do constitucionalismo que se realizavam na Europa naquele momento. Os constituintes preferiram seguir a trajetória iniciada em 1891, interrompida em 1937, com pequenas inovações. No que tange ao controle de constitucionalidade, não houve alterações substanciais em relação ao texto de 1934. Assim, a Constituição de 1946 restaurou a tradição do controle judicial no Direito brasileiro. A par da manutenção do sistema difuso e da competência do Senado Federal para suspender a execução de atos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, instituiu-se a chamada *representação interventiva*, que permitia a argüição, pelo Procurador-Geral da República, da incompatibilidade de atos normativos estaduais com os chamados princípios constitucionais sensíveis⁴⁰. Tal instrumento abriu caminho para

40. Eram eles: forma republicana representativa; independência e harmonia entre os poderes, temporariedade das funções eletivas; proibição de reeleição de governadores e prefeitos para

a adoção, entre nós, do controle abstrato de normas, eis que tratava de incidente suscitado independentemente da instauração de uma lide concreta e cujo escopo essencial era a suspensão da eficácia do ato impugnado.

Importa ressaltar que, ainda no regime da Constituição de 1946, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, estabelecendo “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”⁴¹. Para alguns, pode parecer um paradoxo o fato de o regime militar, em 1965, ter introduzido o controle concentrado de constitucionalidade⁴². Ou seja, aquilo que duas Constituições anteriores, fruto de processos constituintes, não fizeram, o regime autoritário fez. Ganha relevância a posição de Lenio Luiz Streck, que não vê paradoxo no proceder do regime militar, mostrando que a preocupação dos militares era justamente de estabelecer um mecanismo rápido e eficaz para evitar que juízes e tribunais, com pensamento democrático, mediante decisões no controle difuso de constitucionalidade, obstaculizassem ações do *establishment*.

Sobre a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1/69, Gustavo Binimbojm aduz que:

período imediato; autonomia municipal; prestação de contas da administração; garantias do Poder Judiciário. Consultar: BINENBOJM, Gustavo, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, cit., p. 125-126.

41. Era, portanto, introduzido no Brasil, tardiamente, o sistema de controle idealizado pelo gênio de Hans Kelsen e consubstanciado na Constituição austríaca de 1920. Conferia-se ao Procurador-Geral da República a iniciativa exclusiva para deflagrar, perante o Supremo Tribunal Federal, uma representação por inconstitucionalidade de lei federal ou estadual. Com isso se instaurava uma lide abstrata, um processo objetivo, que não envolvia o interesse concreto de partes em litígio; assim, a questão constitucional deixava de ser uma questão prejudicial, como no controle incidental, para tornar-se a questão principal daquele processo. Caso a Corte entendesse pela procedência da representação, sua decisão produziria efeitos gerais, alcançando todas as situações que sofreriam a incidência da norma declarada inconstitucional.
42. Por exemplo, para Clèmerson Clève, o paradoxo está no fato da representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, presta-se admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais. (STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 354).

“A Carta outorgada de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1/69 mantiveram a coexistência dos sistemas de controle difuso-incidental e concentrado-abstrato. A competência para a deflagração deste último permaneceu monopolizada pelo Procurador-Geral da República, o que, de certo modo, limitou a sua significação política e jurídica. Em verdade, ao receber qualquer requerimento para o ajuizamento de representação por inconstitucionalidade, dispunha o Procurador-Geral da República de uma ampla margem de discricionariedade na apreciação da plausibilidade da demanda, o que, no final das contas, restringia significativamente o acesso de autoridades públicas e da sociedade civil em geral à prestação jurisdicional da Suprema Corte.”⁴³

Como o cargo de Procurador-Geral da República guardava certa submissão funcional à Chefia do Poder Executivo, explica-se, com Gustavo Binimbojm, a timidez e parcimônia com que a representação por inconstitucionalidade foi utilizada até 1988.

“Pode-se mesmo dizer que a deflagração da jurisdição constitucional abstrata foi até então no Brasil uma questão de Estado, da qual os cidadãos estavam completamente alijados. Um caso exemplar e emblemático de sociedade fechada de intérpretes da Constituição, na qual o cidadão é reduzido à condição de mero espectador passivo das interpretações ditadas pelos tradutores oficiais da vontade constitucional. Para complementar esse quadro de autoritarismo institucional, a Emenda Constitucional n. 7, de 13.4.1977 (conjunto de medidas conhecidas como *pacote de abril*), instituiu, no artigo 119, inciso I, da Constituição de 1967/69, a alínea “o”, o instituto que ficaria conhecido como *avocatória*.”⁴⁴

43. BINENBOJM, Gustavo, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, cit., p. 127-128. Comenta o autor que, até o advento da Constituição de 1988, o Procurador-Geral da República era nomeado e exonerado *ad nutum* pelo Presidente da República, sendo certo que a Procuradoria Geral da República – instituição que lhe incumbia chefiar – acumulava as funções de Ministério Público Federal com a representação judicial da União Federal. (Idem, *ibidem*).

44. BINENBOJM, Gustavo, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, cit., p. 128.

Com a Assembléia Nacional Constituinte (1986-1988), foi promulgada uma nova Lei Fundamental, em 5 de outubro de 1988, batizada de “Constituição cidadã”. A nova Carta trouxe como grande inovação, em matéria de jurisdição constitucional, a desmonopolização da iniciativa para a deflagração do controle abstrato da constitucionalidade. Ainda, a Constituição de 1988 instituiu mecanismo de controle contra omissões normativas inconstitucionais, tanto em sede concreta (art. 5º, LXXI) – o que seria (ou deveria ser) o mandado de injunção – como em sede abstrata (art. 103, § 2º) – a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, introduziu, no já complexo sistema brasileiro de jurisdição constitucional, uma ação declaratória de constitucionalidade, consoante afirma Lenio Luiz Streck⁴⁵, sem precedentes no Direito Comparado.

A Lei n. 9.868/99 tratou em um mesmo capítulo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. O artigo 22 estabelece que a decisão, em qualquer das ações, exige a presença na sessão de no mínimo oito ministros. Efetuando o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se em um ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade (art. 23). Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória (art. 24).⁴⁶

45. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 587. Tal instituto, tem por escopo propiciar a prolação de uma decisão do Supremo Tribunal Federal que reafirme, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a constitucionalidade de lei ou ato normativo.

46. Há uma nítida diferença entre a ADC e a ADIn. A improcedência de uma ação de inconstitucionalidade não pode ter o condão de ser equiparada a uma declaração de constitucionalidade feita nos moldes próprios que assume a ação declaratória, uma vez que, enquanto para a ADIn não se exige a prova de controvérsia anterior, e o elenco de legitimadores para a sua propositura é bem mais extenso, na ADC a exigência da comprovação da relevância dá a esta um efeito bem diferenciado. “Não fosse assim, bastaria que se propusesse uma

A mesma Emenda n. 3/93 deslocou para o parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição dispositivo que já constava do seu parágrafo único, relativo à arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tal instituto, dada a dicção lacônica do dispositivo constitucional mencionado, permaneceu como um enigma na doutrina constitucional brasileira, até a edição da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que pretendeu regulamentá-lo.

Importante é a crítica feita por Gustavo Binbenbojm:

“Embora inspirado no recurso constitucional alemão (Lei Fundamental de Bonn, de 1949, art. 93, I, 4) e no recurso de amparo do Direito Constitucional espanhol (Constituição espanhola de 1978, art. 161, I e 162, I, b), o produto final da Lei n. 9.882/99, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, longe está de ser – como seus supostos congêneres europeus – um instrumento processual que assegura o acesso direto do cidadão ao Tribunal Constitucional, de forma a alcançar a proteção mais célere e efetiva de um direito fundamental seu que haja sido vulnerado. Antes que um recurso-cidadão, o novel instituto – sobretudo após os nefastos vetos presidenciais ao projeto original – assemelha-se muito mais à vultosa e malsinada advocatória, conforme consta no artigo 5º da Lei n. 9.882/99. Ficou mais para advocatória do que para ação constitucional do cidadão.”⁴⁷

ação direta de inconstitucionalidade, cujo elenco de legitimados é extenso, que, fadada (de antemão) ao insucesso, alcançaria o efeito inverso, isto é, de uma declaração de constitucionalidade, *mesmo sem a existência de qualquer controvérsia relevante*”. Com isso, vem bem a calhar a pergunta por Lenio Luiz Streck: “se há uma ambivalência entre ambas as ações, e se uma é o reverso da outra, por que a necessidade da criação da ação declaratória? Se se permitir aqui um raciocínio lógico, pode-se dizer que, se de uma afirmação se pode tirar uma negação, é ela que é ‘ambivalente’; já duas coisas que, positiva e negativamente, chegam às mesmas conclusões, ou são desnecessárias ou são coisas diferentes; ou, de outro modo, e dizendo a mesma coisa, se uma proposição afirma algo de forma negativa, e, no seu reverso, a afirma positivamente, é porque é uma coisa só; não há necessidade, pois, de duas coisas que afirmem e neguem a mesma coisa. Se, entretanto, de fato há duas, uma não pode ser o reverso da outra, pela simples razão de que uma não é a outra... É preciso dizer mais?”. (STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 608).

47. BINENBOJM, Gustavo, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, cit., p. 135-136 e 189.

Todo esse esboço histórico é indispensável para que se possa entender o fenômeno da “baixa constitucionalidade” que, infelizmente, aponta para a inefetividade do texto da Constituição e uma conseqüente compreensão/interpretação/aplicação do Direito Penal dissociada dos valores substanciais da Constituição. Em outras palavras, temos péssimos pré-juízos, os quais nos acarretam um grande prejuízo na aplicação da Constituição e na filtragem constitucional das leis penais.

Com isso, vem bem a proposta feita por Kāgi, trazida por Lenio Luiz Streck: “diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi que conceito tens de Constituição”. Pois a jurisdição constitucional no Brasil, a partir do fenômeno da “baixa constitucionalidade”, tem sido muito fraca, desdenhada pelos juristas, o que relega o Direito Constitucional a um plano secundário e isso aponta para a própria inefetividade da Constituição.

Embora diante da “baixa constitucionalidade” apontada acima, a partir da Constituição de 1988, tem-se, pois, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão, os amplos institutos conhecidos como ações constitucionais (mandado de injunção, ação popular, *habeas data*, *habeas corpus*, mandado de segurança, individual e coletivo) e, somando-se, a isso, o controle difuso de constitucionalidade, que possibilita amplo processo de filtragem hermenêutico-constitucional. Como corolário, colocou o constituinte à disposição da cidadania a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, instrumento equiparável ao recurso de amparo espanhol e ao recurso constitucional tedesco.

É nesse contexto que deve ser analisada a nova jurisdição constitucional brasileira. Se o Estado Democrático de Direito é um *plus* normativo em relação às duas formas anteriores de Estado de Direito (Liberal e Social), torna-se necessária uma maior utilização da jurisdição constitucional para a sua implementação.

Contudo, diante dos mecanismos trazidos, torna-se imprescindível implementar uma cultura constitucionalista no Brasil, radicalizando a jurisdição constitucional, rumo à implementação das promessas constitucionais. É o que será abordado adiante.

3.2 O papel da jurisdição constitucional na Constituição de 1988

O modo de dar vida à Constituição é a jurisdição constitucional. Em outras palavras, jurisdição constitucional é o conjunto de instrumentos aptos a instrumentalizar/aplicar a Constituição.

O Estado costuma ser dividido, se analisado numa linha temporal, desde o século XVI até o século XXI, em Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito. O primeiro identifica-se com o valor liberdade, enquanto o segundo com o da igualdade. Já o terceiro seria uma síntese dos dois anteriores. No entanto, essa síntese surge com uma função bem distinta: um caráter utópico e transformador da realidade, no qual tanto o Direito (incluída aí a lei) como o Estado (incluído aí o Poder Judiciário) devem ser vistos como instrumentos de resistência, de luta e de transformação da realidade.

O Estado Democrático de Direito, presente no preâmbulo de nossa Constituição, traz em suas disposições valores que representam o acordo e o consenso de uma comunidade política, expressados nos direitos e garantias individuais e nos direitos sociais, além de estabelecerem, obviamente, a organização do Estado, seus poderes e suas competências. As posturas procedimentalistas ressaltam e privilegiam o segundo aspecto. A perspectiva substancialista tem uma visão de conjunto, porém, privilegia o primeiro aspecto, ou seja, o da materialidade constitucional.⁴⁸

48. Sobre os debates entre procedimentalismo e substancialismo, consultar: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, cit., p. 39-44. Sustentando a tese procedimentalista, Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política

É exatamente esse fenômeno que faz aparecer o novo constitucionalismo – revolução copernicana⁴⁹– que surge principalmente depois da Segunda Grande Guerra Mundial, quando os diversos países que estavam se redemocratizando e organizando suas Constituições resolvem, como estratégia de limitar o poder político (responsável por tantas tragédias no século XX), estampar em seus textos constitucionais princípios-valores que deveriam ser vinculativos, vale dizer, todas as atividades estatais deveriam segui-los, respeitá-los e efetivá-los.

É esse, muito resumidamente, o constitucionalismo chamado dirigente-social-compromissário, sendo que a Constituição deve resgatar sua força normativa; a jurisdição constitucional deve concretizar o Estado Democrático de Direito e o legislador deve estar restrito ao controle de constitucionalidade.

Tudo isso, claro, para que os direitos expressos na Constituição sejam efetivados e concretizados, muito mais num país como o Brasil, onde o déficit social é notório, até mesmo pela positivação desses mesmos direitos, o que já exprime uma inefetividade! O que certamente vai de encontro à dignidade da pessoa humana!

A jurisdição constitucional desempenha uma função imprescindível dentro do contexto do Estado Democrático de Direito. Dela depende a visualização da Constituição como um conjunto de disposições que mostram um arcabouço axiológico reflexo de um determinado tempo e sociedade, o qual deve ser ao máximo efetivado e otimizado, através dos diversos tipos de decisões emanadas das Supremas Cortes ou dos Tribunais

não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em uma “nação de cidadãos”. A corrente substancialista, que tem como adeptos Mauro Cappelletti e, no Brasil Paulo Bonavides e Celso Antonio Bandeira de Melo, entre outros, entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no Direito positivo, especialmente nos textos constitucionais e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.

49. Sobre a revolução copernicana, consultar: STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 27-41.

Constitucionais. Dentre elas, podemos citar as sentenças manipulativas, construtivas, complementares, redutivas, aditivas etc. Portanto, é a jurisdição constitucional que está bem no meio da relação Estado e Constituição, fornecendo-lhe o equilíbrio necessário e, ao mesmo tempo, dando vida à Constituição e definindo os rumos do Estado.

O Direito Penal, como um braço armado da Constituição, desempenha papel fundamental na garantia de implementação do Estado Democrático de Direito. Isso só é possível mediante uma jurisdição constitucional que vincule/oriente o Direito Penal num sentido constitucional.

Por outro lado, o juiz, ao contrário de diversas concepções oitocentistas ainda atuais e vigentes, dentro do quadro esboçado até aqui (EDD), adquire uma função ativa, passando a integrar, de modo explícito, a política.

A realização dos valores substanciais (materiais) não pode ser negada à sociedade. Somente através dessa realização é que se pode afirmar a igualdade, liberdade, justiça social, direitos fundamentais etc.

Diante da inércia do Poder Executivo na implementação de políticas públicas visando o desenvolvimento e a realização eficaz de direitos imprescindíveis para um mínimo de dignidade existencial, e também diante da passividade do Poder Legislativo na regulamentação de direitos da cidadania, o Poder Judiciário, através dos próprios mecanismos jurídicos (garantias) estabelecidos na Constituição, pode atuar e suprir essas falhas do Legislativo e do Executivo e, dessa forma, fazer do Estado Democrático de Direito não uma simples declaração de intenções. Ou, nas brilhantes palavras de Lenio Luiz Streck: inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito⁵⁰. É, em suma, o Judiciário como vetor de resistência às omissões do Legislativo e do Executivo.

50. STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, cit., p. 44. O autor ressalta que é claro que tal assertiva pode e deve ser relativizada, mormente porque não se pode esperar

Muitos poderiam pensar que esse fenômeno (ativismo judicial) é próprio somente aos países da *common law*, em virtude da criação jurisprudencial e do vínculo político do juiz. No entanto, nos países da *civil law*, com a “abertura” dada ao sistema normativo, através da inclusão de princípios e cláusulas gerais, é dado ao intérprete uma maior flexibilidade no momento da interpretação, possibilitando uma maior moldura da norma aos fatos concretos. Portanto, o papel que desempenha a jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito é o de realizar as promessas constitucionais e dar efetividade à Constituição.

Como o Direito Penal funciona como um importante garantidor das promessas da modernidade, essa função somente se viabiliza por meio de uma radicalização da jurisdição constitucional.

4. A TEORIA DO GARANTISMO JURÍDICO

4.1 Noções gerais da teoria do garantismo jurídico

Cumpra agora analisar outro referencial que traça fundamentos para uma filtragem hermenêutico-constitucional do Direito Penal brasileiro: a teoria do garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli.

O garantismo penal, ou teoria do garantismo penal, é um movimento de bases filosóficas, que tomou forma através da obra *Derecho y razón*, de Luigi Ferrajoli. O início do garantismo, no entanto, dá-se com o aparecimento dos movimentos iluministas do século XVIII, e da chamada teoria da origem contratual do Estado, ou contratualismo, dos séculos XVII, e XVIII.

O garantismo jurídico, apesar de ter sua origem vinculada ao Direito Penal⁵¹, evoluiu para alcançar foros de Teoria do Direito.

que o Judiciário seja a solução (mágica) dos problemas sociais. O que ocorre é que, se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com erradicação da pobreza etc., dever-se-ia esperar que os Poderes Executivo e Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição.

51. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.

Consoante o pensamento de Luigi Ferrajoli:

“os próprios modelos axiológicos do Direito Positivo, e não só os seus conteúdos contingentes – o seu ‘dever ser’, e não apenas o seu ‘ser’ – que no Estado Constitucional de Direito são incorporados no ordenamento, como Direito *sobre o Direito*, sob a forma de limites e vínculos jurídicos da produção jurídica.”⁵²

Desse modo, acrescenta o autor, graças a essa dupla artificialidade – do seu “ser” e do seu “dever ser” – a legalidade positiva ou formal do Estado Constitucional de Direito mudou de natureza: já não é só condicionante, mas também é ela própria condicionada por vínculos jurídicos não só formais, como também substanciais.

Para Luigi Ferrajoli, pode-se chamar “modelo” ou “sistema garantista”, em oposição ao paleo-juspositivismo, esse sistema de legalidade, a que essa dupla artificialidade confere um papel de garantia relativamente ao Direito ilegítimo. Graças a ele, o Direito contemporâneo não programa somente as suas formas de produção, através de normas procedimentais sobre a formação das leis e dos outros atos normativos. Programa ainda os seus conteúdos substanciais, vinculando-os normativamente aos princípios e valores inscritos nas Constituições, mediante técnicas de garantia que a cultura jurídica tem obrigação e responsabilidade de elaborar.

Daí resulta uma alteração noutros níveis do modelo juspositivista clássico, a saber:

“a) no nível da teoria do Direito, onde esta dupla artificialidade comporta uma revisão da teoria da validade, baseada sobre a dissociação entre validade e vigência e sobre uma nova relação entre a forma e a substância das decisões; b) no nível da teoria

52. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías...*, cit., p. 23-24.

política, onde comporta uma revisão da concepção puramente processual da democracia e o reconhecimento de sua dimensão substancial; c) no nível da teoria da interpretação e da aplicação da lei, onde comporta uma redefinição do papel do juiz e uma revisão das formas e das condições da sua sujeição à lei; d) no nível, enfim, da metateoria do Direito, e portanto do papel da ciência jurídica, que é investida de uma função já não simplesmente descritiva, mas também crítica e criativa (*progettuale*) em relação ao seu objeto.”⁵³

A perspectiva garantista de Luigi Ferrajoli tem como base um projeto de Democracia Social que forma um todo único com o Estado Social de Direito: consiste na expansão dos direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado na maximização das liberdades e na minimização dos poderes, o que pode ser representado pela seguinte fórmula: Estado e Direito mínimos na esfera penal, graças à minimização das restrições de liberdade do cidadão e à correlativa extensão dos limites impostos à atividade repressiva; Estado e Direito máximos na esfera social, graças à maximização das expectativas materiais dos cidadãos e à correlativa expansão das obrigações públicas de satisfazê-las.

À evidência, Luigi Ferrajoli trabalha com a idéia de que a legitimação do Direito e do Estado provêm de fora ou desde *abajo*, entendida como a soma heterogênea de pessoas, de forças e de classes sociais. Ou seja, como contraponto às teorias *autopoiéticas* do Direito, que visam, mediante um direito do tipo “reflexivo”, não adaptar o Direito aos anseios da sociedade, mas sim, aos limites do *establishment*, reduzindo, com isso, a complexidade social.

Luigi Ferrajoli parte de uma perspectiva *heteropoiética*, é dizer, desde um ponto de vista externo, que significa sobretudo dar primazia

53. Nesse sentido, consultar: FERRAJOLI, Luigi. O direito como um sistema de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 94. Também: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., p. 20.

axiológica à pessoa, e, portanto, de todas as suas específicas e diversas identidades, assim como da variedade e pluralidade de pontos de vista externos expressos por ela.

“Com efeito, a Teoria Geral do Garantismo, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Isso porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais. Dito de outra forma, tendo-se em vista a supremacia constitucional dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nela referidos (CF, art. 5º, § 2º), como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos. O garantismo jurídico baseia-se, desta feita, nos direitos individuais – vinculados à tradição iluminista – com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, sofrendo, como curial, as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação da sociedade relativamente à tutela dos direitos sociais e negativos de liberdade, bem assim do levante neoliberal.”⁵⁴

Essa limitação do Poder Estatal não se restringe ao Poder Executivo, como pode transparecer no primeiro momento, mas vincula as demais funções estatais, principalmente o Poder Legislativo, que não possui (mais) um cheque em branco; o Poder Legislativo, na concepção garantista,

54. ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003. p. 20.

também está balizado em seu conteúdo por fronteiras materiais, não podendo dispor de maneira discriminatória, nem se afastar do contido materialmente na Constituição.

Para tanto, os vínculos no Estado Democrático de Direito, de viés garantista, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecidível.

Essa esfera do indecidível configura-se como um dos principais fundamentos para a filtragem hermenêutico-constitucional do Direito Penal. Isso porque a Constituição deve ser entendida como explicitação do contrato social e também como um existencial.

Diante dessa concepção, torna-se necessário expor brevemente a racionalidade da criação do Estado Civil.

Sobre o momento da criação do Estado Civil, Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes acentuam:

“Para John Locke, a passagem do Estado de Natureza para o Estado Civil, mediada por este contrato social, se fará para permitir que aqueles direitos pré-sociais, vistos como direitos naturais, dos indivíduos, presentes no Estado de Natureza, possam ser garantidos mais eficazmente pelo soberano. Assim, o conteúdo do contrato social será constituído pelo conjunto de direitos naturais presentes no Estado de Natureza, os quais irão traçar os limites do poder soberano no Estado Civil.”⁵⁵

Portanto, tendo-se em mente essa noção de contrato social, a criação do Estado Civil não implica uma concessão de poderes plenos e

55. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de, *Ciência política e teoria geral do Estado*, cit., p. 35 e ss.

absolutos. Ao contrário, essa concepção vincula a atuação (positiva ou negativa) do Estado aos direitos pré-sociais (antecedentes), mantidos na esfera individual e, portanto, insuscetíveis de serem violados. “O poder estatal nasce, desde o início, limitado pelos direitos preexistentes e inalienáveis, construindo a esfera do indecidível, avivada no modelo garantista”.⁵⁶

Analisando essa esfera do decidível e do indecidível, Salo de Carvalho esclarece:

“O pacto se constitui como instrumento de deveres e de direitos recíprocos. Ao poder do soberano de regular a sociedade com suas leis corresponde o dever de garantir a ‘segurança’ dos bens. Ao dever de obediência às leis por parte do cidadão, corresponde o direito de exigir as garantias pactuadas.”⁵⁷

Portanto, na criação do Estado Civil não há alienação absoluta de direitos e deveres com a subjugação irrestrita, mas a subordinação é mantida na perspectiva dos fins pactuados.

“Os vínculos no *Estado Democrático de Direito*, de viés *garantista*, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecidível. Em outras palavras, nem mesmo por maioria pode-se violar/negar os *direitos fundamentais* dos indivíduos que não foram alienados no momento da criação do *Estado Civil*.”⁵⁸

Em outras palavras, nem mesmo por maioria pode-se violar/negar os direitos fundamentais dos indivíduos que não foram alienados no momento da criação do Estado Civil. Sustenta Luigi Ferrajoli que:

56. ROSA, Alexandre Morais da, *O que é garantismo jurídico?*, cit., p. 24-25.

57. CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 42.

58. ROSA, Alexandre Morais da, *O que é garantismo jurídico?*, cit., p. 20.

“Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer.”⁵⁹

Assim é que, com a operacionalidade possível da democracia substancial, resta inserida no Estado Democrático do Direito a esfera do decidível e do não-decidível, por maioria ou mesmo unanimidade⁶⁰. De fato, por um lado não se pode legitimamente afrontar-se o constante nos direitos individuais, bem como, de outro, deve-se garanti-los na sua máxima extensão, sob pena de deslegitimação das instituições estatais.⁶¹

Nessa esfera do indecidível, encontram-se justamente os direitos fundamentais, funcionando como verdadeiro marco divisório, impeditivo do avanço do Legislativo. O Poder Legislativo, assim, encontra limitações substanciais no tocante à matéria a ser objeto da legislação. Consequência

59. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., p. 23-24.

60. Alexandre Morais da Rosa nos mostra que essa concepção da esfera do indecidível encontra respaldo na *teoría contratualista* de John Locke. Dentre os contratualistas, cabe invocar, além desse autor, as contribuições de Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau. Em todos, o *Estado de Natureza* se constitui em antecedente lógico à formação do *Estado Civil*, existindo divergência sobre a maneira pela qual os indivíduos se relacionavam naquela situação. Para Thomas Hobbes, esse primeiro estágio, denominado de *guerra* de todos contra todos, seria permeado por extrema insegurança, decorrente da aplicação da lei do mais forte e movida pelas paixões. Em Jean-Jacques Rousseau, por outra face, temos a percepção de um *estado de felicidade*, em que os indivíduos encontravam-se satisfeitos até o surgimento da propriedade privada. Para o primeiro, o Estado seria uma necessidade, enquanto para o segundo, o aparecimento desta figura seria decorrência do desenvolvimento social. Característica de ambos os autores é a alienação de *todos* os direitos dos indivíduos ao *Estado*, para somente após e por decisão deste, recebê-los novamente, não na totalidade, mas na medida que este quiser conferir. Essa percepção está agregada diretamente à concepção liberal de cidadania. Já em John Locke, o conteúdo do contrato social é deslocado. A instituição do *Estado* significa a manutenção e consolidação dos direitos existentes no *Estado de Natureza*, objetivando-se, principalmente, a resolução pacífica dos conflitos. (ROSA, Alexandre Morais da, *O que é garantismo jurídico?*, cit., p. 23 e ss).

61. CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 161.

dessa supremacia constitucional é que se devem efetuar juízos de validade, em face do ordenamento infraconstitucional (controle difuso e material de constitucionalidade), espreado, dessa maneira, o reconhecimento da invalidade derogativa por violação da esfera do indecidível (direitos fundamentais), mesmo que de forma parcial.

O garantismo jurídico, como visto, consiste na tutela de todos esses direitos fundamentais (liberdades e direitos sociais) estabelecidos pela ordem constitucional vigente⁶², os quais representam os alicerces da existência do Estado Democrático de Direito, que o alimentam e são, assim, a base da democracia material. Logo, a democracia entendida como garantista significa o Estado de Direito munido tanto de direitos liberais (direitos de), como de direitos sociais (direitos a), próprios, esses últimos, dos Estados intervencionistas como o brasileiro, não obstante, na prática, se constituírem em promessas (retóricas) sonegadas.⁶³

4.2 A concepção garantista sobre a validade das normas jurídicas

Na abordagem acerca da validade das normas penais, Luigi Ferrajoli acentua que se verifica um equívoco nas concepções clássicas do Direito Penal, pois contêm elas uma errônea compreensão, ao confundirem conceitos de validade e positividade do Direito, ou na identificação entre Direito válido e Direito como é, como está posto. Segundo Luigi Ferrajoli, trata-se de equívoco que:

“Está ligado a una concepción simplificada de la validez, que aplicada a los modernos estados de derecho resulta en mi opinión inadecuada. Según esta concepción – que comparte toda la tradición positivista, desde Hobbes y Bentham hasta Kelsen, Hart y

62. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 36.

63. Em relação à geração de direitos, remeto o leitor à leitura sobre a demonstração histórica feita por Norberto Bobbio. Conferir: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

Bobbio -, la validez de una norma se identificaría con su existencia jurídica, como producto de un acto normativo conforme a las normas acerca de su producción. Su identificación tendría lugar consiguientemente mediante reconocimientos empíricos atentos tan sólo a las formas del acto normativo de producción, y no también mediante valoraciones del significado o contenido normativo de las normas producidas.”⁶⁴

A ampliação conceitual do princípio da legalidade, do plano lato para o estrito, a partir de sua releitura garantista, determina um distinto papel a esse princípio e uma diversa estrutura normativa do sistema legal exigida por ele. De acordo com Luigi Ferrajoli:

“La simple legalidad de la forma y de la fuente es la condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualquiera que sean sus contenidos; la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, tal y como resulta de su conformidad con las demás garantías, por hipótesis de rango constitucional, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes.”⁶⁵

Assim, diversamente como ocorre na teoria positivista clássica, temos, na teoria garantista sobre a validade, nos limites em que isso é possível, uma total separação entre os juízos sobre existência e vigência e os juízos sobre a validade das normas. Nessa perspectiva, para que uma norma exista ou esteja em vigor, é suficiente que satisfaça as condições formais referentes aos procedimentos do ato normativo, assim como a competência do órgão do qual emana; para que seja válida, necessita satisfazer as condições de validez substancial, que se referem ao seu conteúdo, ou seja, ao seu significado⁶⁶. Portanto, na concepção garantista há, além do

64. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, cit., p. 355. No mesmo sentido: COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

65. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, cit., p. 95.

66. Idem, *ibidem*, p. 874.

atendimento das condições formais, também a existência da adequação de conteúdo.

Sobre essa questão, importa trazer a abordagem feita por Norberto Bobbio:

“Quando um órgão superior atribui a um órgão inferior um poder normativo, não lhe atribui um poder ilimitado. Ao atribuir esse poder, estabelece também os limites entre os quais pode ser exercido. Assim como o exercício do poder de negociação ou o do poder jurisdicional são limitados pelo Poder Legislativo, o exercício do Poder Legislativo é limitado pelo poder constitucional. À medida que se avança de cima para baixo na pirâmide, o poder normativo é sempre mais circunscrito. Pense-se na quantidade de poder atribuída à fonte de negociação em comparação com a atribuída à fonte legislativa. Os limites com que o poder superior restringe e regula o poder inferior são de dois tipos diferentes: a) relativos ao conteúdo; b) relativos à forma. E finaliza este ponto dizendo que a observação desses limites é importante, porque eles delimitam o âmbito em que a norma inferior emana legitimamente: uma norma inferior que exceda os limites materiais, isto é, que regule uma matéria diversa da que lhe foi atribuída ou de maneira diferente daquela que lhe foi prescrita, ou que exceda os limites formais, isto é, não siga o procedimento estabelecido, está sujeita a ser declarada ilegítima e ser expulsa do sistema.”⁶⁷

Há uma relação entre normas produzidas e normas que regulam a produção, estendidas estas últimas, pelo garantismo, também e principalmente, ao plano substancial-conteudístico contido na Constituição.

Nessa relação, as condições formais de validade constituem-se em requisitos de fato, em ausência dos quais o ato normativo é imperfeito, e a

67. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro L. dos Santos. Brasília: UnB, 1999. p. 53-54.

norma ditada por ele não chega a existir, enquanto as condições substanciais, e em especial as de validade constitucional, constituem-se em requisitos axiológicos, cuja lesão produz uma antinomia, um conflito entre normas de conteúdo ou significado incompatível.⁶⁸

A Constituição brasileira de 1988 não se limita a ditar as condições formais que permitem reconhecer a vigência acerca das manifestações normativas da autoridade, mas, além disso, estabelece os conteúdos sobre os quais a ingerência do Estado é proibida, sendo, por isso, o respeito aos direitos invioláveis dos indivíduos condição de validade substancial das normas estatais.⁶⁹

No campo penal – especialmente em relação à definição de condutas como delitos e à associação a elas de penas que importem em restrição de liberdade – muito mais se exige a validade substancial da lei, do que em referência aos outros ramos de manifestação do poder estatal, pois, em sede penal, a possibilidade de infringência dos direitos fundamentais de primeira geração é potencialmente maior, pela magnitude da violência da manifestação executiva estatal e pelas conseqüências das medidas sancionatórias imposta, bem como pelo tratamento irresponsável dado a determinados delitos.

Márcia Dometila Lima de Carvalho, com maestria, ratifica a necessidade de conformação da validade da norma penal com o ambiente constitucional, asseverando que:

“Contendo, a Constituição, princípios fundamentais também de Direito e Processo Penal, a sua articulação, no que concerne a tais

68. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, cit., p. 874.

69. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, cit., p. 876. Evidente que, dentro de um Estado de Direito, não podemos nos manifestar no sentido de uma total insubordinação aos termos das leis, sob pena de estarmos caminhando em direção a uma sociedade anárquica. Devemos nos submeter às leis, mas, como se expressa Luigi Ferrajoli, “*si se quiere hablar de fidedelidad o sujeción a la ley, aunque sea em sentido meramente potestativo, podrá hacerse solo respecto de las leyes constitucionales, sobre cuya base el juez tiene deber jurídico y el jurista la tarea científica de valorar – y eventualmente censurar – las leyes ordinarias vigentes.*” (Idem, ibidem).

princípios e a outros mais genéricos, reflete-se, necessariamente, sobre a lei penal: enquanto esta, por sua natureza, limita a esfera de liberdade do cidadão, aquela representa seu parâmetro de validade (...). Das exigências fundamentais inseridas na Constituição, inferem-se os limites traçados, por ela, para o Direito Penal.”⁷⁰

Portanto, há de ser buscada a substancialidade que legitima a validade de uma norma penal nos valores constitucionais. Isso implica dizer que a questão de quando castigar, ou seja, quando o Estado está legitimado a exercer seu poder punitivo, desemboca no conceito de delito. Este, sob o prisma garantista, em um Estado Democrático de Direito, está vinculado à concepção substancial de validade, ou seja, que o conceito material de crime deve estar umbilicalmente vinculado aos valores constitucionais.

4.3 O papel do juiz e da ciência jurídica a partir da teoria do garantismo

A efetiva implementação da proposta garantista passa, como se depreende dos pressupostos até aqui trabalhados, pela superação de muitos dos dogmas do juspositivismo tradicional.

Em primeiro lugar, a concepção renovada do conceito de validade e a conseqüente compreensão da democracia em sua dimensão substancial devem refletir-se num reforço do papel da jurisdição e numa mais forte legitimação do poder judicial e de sua independência.

Há, aqui, profunda alteração na relação entre o juiz e a lei, atribuindo-se à jurisdição uma função de garantia do cidadão contra violações da legalidade por parte dos Poderes Públicos.

Nesse contexto, já não se aceita o velho dogma positivista da submissão do juiz à letra da lei, reformulando-se tal noção na idéia de sujeição do

70. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 37 e 44.

magistrado à lei enquanto válida, isto é, conforme a Constituição. Portanto, o juiz deve aplicar tão-somente as leis coerentes com os conteúdos constitucionais, o que se traduz no dever de interpretar as normas conforme a Constituição e, não sendo tal possível, declarar sua invalidade.

Para tanto, é indispensável a independência do Poder Judiciário frente aos demais poderes e o respeito, em todas as situações, ao devido processo legal.

Luigi Ferrajoli, tratando do papel do juiz e a legitimação democrática da sua independência, afirma que:

“A sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucional-garantista, um dogma ligado à mera existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos.”⁷¹

É nessa sujeição do juiz à Constituição, e, portanto, no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionais estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam – e até porque o são – poderes assentes na maioria.

71. FERRAJOLI, Luigi, O direito como um sistema de garantias, p. 100-101.

Portanto, o principal papel de um juiz do Estado Democrático de Direito é o de ser “um garante dos direitos fundamentais”.⁷²

Por outro lado, a teoria garantista reconhece também o lugar privilegiado ocupado pela ciência jurídica no processo de consolidação democrática. Trata-se de repensar as formas de lidar com os vícios insuprimíveis do Estado Constitucional de Direito, tais como a incoerência, a incompletude, as antinomias e as lacunas, os quais podem tornar-se patológicos e comprometer a própria democracia. Dessa forma, o jurista pode (e deve) criticar internamente o ordenamento⁷³, já que podem existir, e existem, normas vigentes, mas inválidas.

Com tal postura, supera-se o paradigma normativista, calcado na identificação entre validade e vigência, a qual se explica pelo dogma da presunção de legitimidade do ordenamento, que fica destruído pela análise garantista. O jurista, ao criticar o direito vigente (e isso, para Ferrajoli, é fazer ciência), assume os valores constitucionalmente plasmados como referentes do discurso jurídico, a despeito de sua adesão moral. Nesse sentido, os juízos de validade são científicos e desempenham um controle da produção normativa, próprio do Estado dito de Direito.

Como se vê, o papel atribuído à Ciência do Direito, em tal perspectiva, é um papel pragmático – crítico e criativo – que contraria, portanto, o caráter neutro e avalorativo conferidos ao Direito pelo formalismo kelseniano. A realidade de que cuida a ciência jurídica é extremamente complexa e, para que seja satisfatoriamente compreendida e explicada, há

72. GOMEZ, Diego J. Duquelsky. *Entre a lei e o direito: uma contribuição à teoria do direito alternativo*. Tradução de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 92.

73. Importante ressaltar aqui que a dogmática jurídica instrumentaliza o Direito, daí serem pertinentes as críticas elaboradas por Warat à dogmática jurídica. Para esse autor, “a dogmática jurídica pode indagar, criar e construir. A dogmática jurídica cumpre a importante função de reformular o direito positivo, sem provocar uma inquietude suspeita de que esteja realizando.” (WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 22 e ss.).

que se abandonar os mitos e ilusões quanto ao distanciamento do Direito das concretas relações sociais e políticas. Adotar uma postura garantista implica, portanto, assumir um compromisso com a realização de determinados valores, quais sejam, os valores da democracia e os concernentes aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Na esteira dessas afirmações, torna-se possível sintetizar, em duas, as nobres tarefas da ciência jurídica: de um lado, a realização, como já indicado por Bobbio, da unidade, coerência e plenitude do ordenamento (sempre tendo em mente que tais propriedades não existem, mas são ideais dos quais podemos nos aproximar em maior ou menor grau); e, de outro lado, a concretização, para todos os cidadãos, da verdadeira dignidade humana. Portanto, o papel do juiz e da ciência jurídica a partir do garantismo passa, também, pela superação do positivismo dogmático.

4.4 Projeção garantista para uma filtragem constitucional das leis penais

Com a entrada em vigor da nova ordem constitucional, instituindo normativamente um Estado Democrático de Direito, tornou-se imperativo pôr em questionamento a validade das normas infraconstitucionais precedentes, de natureza penal, especialmente as que constituem o nosso Código Penal. De há muito Márcia Dometila Lima de Carvalho questionava sobre:

“Qual o tratamento a ser dado às antigas leis penais, produzidas e fundadas em situação histórica diversa, a fim de torná-las compatíveis com a nova ordem constitucional, sem feri-la, por via reflexa, por inadequação com os seus princípios e valores, mormente o valor justiça, adjetivado, na ordem, pelo valor social.”⁷⁴

74. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *Fundamentação constitucional do direito penal*, cit., p. 22.

A resposta a tal aporia foi dada pela mesma autora, ao dizer que a não-fundamentação de uma norma penal em qualquer interesse constitucional, implícito ou explícito, ou o choque dela com o espírito que perambula pela Lei Maior, deveria implicar, necessariamente, a descriminalização ou não aplicação da norma penal⁷⁵. Até porque, como muito bem assevera Lenio Luiz Streck:

“O Direito hoje - em face da instituição do Estado Democrático de Direito em nossa Constituição – não pode (mais) ser visto, como uma mera racionalidade instrumental. Para tanto, *há que se perquirir os critérios que fundamentam o estabelecimento dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, isto porque não é livre o ‘legislador’ para estabelecer tipos e penas e das exigências fundamentais inseridas na Constituição, inferem-se os limites traçados, por ela, para o Direito Penal. Não se pode olvidar que este, mormente em um Estado promocional, é, por sua natureza, um dos seus instrumentos mais eficazes.*”⁷⁶

O Direito Penal deve ser interpretado, assim, não mais sob a ótica de um modelo liberal-individualista-normativista⁷⁷ de produção de Direito, com sua faceta hobbesiana-ordenadora, mas, sim, sob a ótica de um Estado Social e Democrático de Direito, de cunho intervencionista-promovedor-transformador. Por isso, a parte especial do Código Penal deve ser revista, repensando-se os seus bens jurídicos, à vista da matriz constitucional.

75. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *Fundamentação constitucional do direito penal*, cit., p. 23.

76. STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos & rituais*. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60-61.

77. A expressão é cunhada por Lenio Luiz Streck, ao enfatizar que “o *Direito brasileiro e a dogmática jurídica que o instrumentaliza está assentado em um paradigma liberal-individualista-normativista que sustenta a desfuncionalidade do Direito, que, paradoxalmente, vem a ser a sua própria funcionalidade. Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modelo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito – desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de direito.*” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, cit., p. 33-34).

Só a infiltração desses valores maiores (constitucionais) no próprio cerne do bem jurídico, objeto da tutela penal, e não somente sobre os aspectos formais e estruturais, modificará a incompatibilidade de normas penais com a substancialidade da Constituição. Para tanto, há que se fazer toda uma filtragem das normas anteriores (e mesmo algumas posteriores) à Constituição, para compatibilizá-las com a nova ordem constitucional. Isso porque, como bem ilustra Luigi Ferrajoli⁷⁸, em uma perspectiva “garantista” do Direito, todos os direitos fundamentais – e não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele – equivalem a vínculos de substância, e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas, e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito.

A partir dessa ótica garantista, explica Luigi Ferrajoli, como já dito anteriormente, o juiz está sujeito somente à lei enquanto válida, isto é, coerente com a Constituição: a interpretação judicial da lei é sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, os compatíveis com as normas substanciais e com os direitos fundamentais por ela estabelecidos. Fazer isso, segundo o mestre italiano, é fazer uma interpretação da lei conforme a Constituição e, quando a contradição é insanável, é dever do juiz (ou do tribunal) declará-la inconstitucional. Portanto, resta claro que o garantismo, pelo valor dado à Constituição e pela separação que faz entre validade e vigência, projeta uma filtragem constitucional das leis (penais), até mesmo pelo papel que atribui ao juiz.

“Daí que as leis penais, devendo ser interpretadas segundo a lei que lhes é hierarquicamente superior, precisam ser compatibilizadas, não só com os concretos preceitos dela, mas com a idéia de direito

78. FERRAJOLI, Luigi, O direito como um sistema de garantias, cit., p. 97.

que se abriga no seu texto. A lei penal necessita ficar circunscrita dentro dos limites bem definidos do texto constitucional. O resultado disso é que, na hierarquia dos valores expressos no texto da Lei Maior, capta-se a necessidade da realização de um processo despenalizador, e de outro processo de penalização, realização, ambos, a partir de premissas constitucionais.”⁷⁹

5. CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL

5.1 Conceito substancial de Constituição

Necessário para estas reflexões o conceito de Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia, apregoado por Lenio Luiz Streck⁸⁰, no sentido de que, como patamar jurídico de um país, a Constituição é compromissória, representando uma direção vinculante para a

79. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *Fundamentação constitucional do direito penal*, cit., p. 38.

80. A construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia (TCDAPMT) é proposta por Lenio Luiz Streck, cujos fundamentos decorrem da necessidade de preenchimento do déficit resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade nos países periféricos. Fundamenta-se ela na idéia de um conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como nos correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática. Uma TCDAPMT deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das *promessas da modernidade incumpridas*, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito. A idéia de uma TCDAPMT implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Dito de outro modo, uma tal teoria da Constituição dirigente não prescinde da teoria do Estado, apta a explicitar as condições de possibilidade da implantação das políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição. É importante pontuar que tal teoria conforma-se manifestamente ao que se projeta a partir de uma estrutura normativa consistente no Estado Democrático de Direito, ou seja, uma forma civilizada e democrática de realização do bem-estar de todos, rechaçando alternativas revolucionárias, distantes de qualquer paradigma de Estado de Direito. Nesse sentido, para Streck, “parece evidente, assim, que, quando se fala em Constituição dirigente, não se está – e nem se poderia – sustentar um normativismo constitucional (revolucionário ou não) capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. O que permanece da noção de Constituição dirigente é a *vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição*, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas”. Consultar: STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, cit., em especial capítulo 3.

sociedade e o Estado. Constituição significa *constituir* alguma coisa; é fazer um pacto, um contrato, no qual toda a sociedade é co-produtora, é partícipe. Desse modo, violar a Constituição ou deixar de cumpri-la é descumprir *essa constituição* do contrato social. Isso porque a Constituição – em especial a que estabelece o Estado Democrático de Direito, oriundo de um processo constituinte originário, após a ruptura com o regime não-constitucional autoritário –, no contexto de que o contrato social é a metáfora na qual se funda a racionalidade social e política da modernidade, vem a ser a explicitação desse contrato social. É, assim, resultado de um constituir social, representação das aspirações maiores de um povo, de conteúdo normativo substancial, de acentuada carga axiológica, dirigente para o campo da formulação, interpretação e aplicação das leis (viés de Canotilho).

Nada melhor que essa concepção de Constituição, substancialista, dirigente e vinculante, com força normativa, justamente pelo fato de se partir da realidade de um país de terceiro mundo onde, por exemplo, sequer se cumpre o artigo 196 da Constituição, que clara e especificamente estabelece que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, e que a propriedade tem uma função social.⁸¹

5.2 Um Direito Penal vinculado aos valores constitucionais

Portanto, a força do Direito Penal não vem apenas de si próprio. Para ser ele suficientemente forte, a ponto de sobre-reger a convivência na sociedade, no campo que lhe é reservado, afirma-se ele no Direito Constitucional, de modo que o que infunde força no Direito Penal é o Direito Constitucional, ou seja, a Constituição.

Antonio Roberto Sylla, tratando da relação entre o Direito Penal e a Constituição, leciona que:

81. A concepção revisada de Constituição definida por Canotilho desconsidera a forma normativa da Constituição, reduzindo-a a uma norma procedimental, esvaziada, que não se coaduna com as aspirações vividas em um ambiente de Estado Democrático de Direito. (Fonte)

“A relação do Direito Penal com o Direito Constitucional é estreitíssima, posto que o Direito Penal é um instrumento privilegiado de política e de utilidade social, já que há um conflito eterno entre o indivíduo e a autoridade estatal que representa a comunidade. De um lado há a ação delituosa, que consiste em um ataque do indivíduo desferido contra um bem tutelado pelo Estado. De outro lado nasce a sanção criminal, resposta do Estado contra essa conduta individual transgressora da norma.”⁸²

O Direito Penal está intimamente ligado aos valores do Estado Democrático de Direito, mormente porque, a partir desse novo paradigma, adquire função imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social; mesmo porque não só postula a liberdade, mas, também, e principalmente, a dignidade da pessoa humana.

Da hierarquia valorativa contida na Constituição, extrai-se o conteúdo material e a legitimação do Direito Penal. Em nossa Constituição, há cláusulas expressas indicando um catálogo de bens jurídicos necessariamente tuteláveis pelo Direito Penal.

Sobre esse prisma, importante é a lição de Fábio Roque Sbardelotto, ao mostrar que:

“Afigura-se evidente a necessidade de o conteúdo das normas penais direcionarem-se no sentido da proteção dos bens e valores constitucionalmente estabelecidos, sendo inegável que representam eles o que de mais relevante há para a sociedade brasileira. Aliás, irretorquível que a proteção da dignidade da pessoa humana, da cidadania, dos valores sociais do trabalho, o repúdio ao terrorismo, ao racismo, aos crimes hediondos, o desiderato de

82. SYLLA, Antonio Roberto. O “preâmbulo” da Constituição brasileira e sua relevância para o direito penal. In: LOPES, Maurício Antonio; LIBERATI, Wilson Donizeti (Orgs.). *Direito penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 113.

erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais, o estabelecimento de uma sociedade justa, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação, a prestação de saúde, educação e lazer ao povo, a dignidade e o acesso ao trabalho, às condições de vida dignas, são valores que, inseridos na Constituição, conduzem impositivamente o Direito Penal, o sumo de sua legitimação, sendo esta a fonte de prospecção dos bens jurídicos penalmente tuteláveis.”⁸³

O que se quer afirmar aqui, neste item, e que será melhor trabalhado adiante, é que o Direito Penal somente estará legitimado quando intervir como fenômeno de tutela dos objetivos e valores do Estado Democrático de Direito, lançando seus tentáculos para atingir a criminalidade de efetiva lesividade social, um Direito Penal interventivo naquilo que diz respeito à criminalidade econômico-social, esta sim lesiva aos propalados objetivos desse modelo de Direito (como igualdade, justiça social etc.).⁸⁴

5.2.1 O bem jurídico-penal sob a ótica do Estado Democrático de Direito

Há um intrínseco liame entre o Direito Penal e a Constituição, que se baseia na necessidade de se salvaguardar e implementar os valores e objetivos do Estado Democrático de Direito, respectivamente.

A partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, é correto afirmar que todo bem jurídico-penal deve corresponder a um direito fundamental. Nesse sentido, vem bem a calhar a lição de Häberle, trazida por Rosa Maria Guimarães Alves:

83. SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no Estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 85.

84. Idem, *ibidem*, p. 87.

“Os bens jurídico-penais podem ser, também, bens jurídico-constitucionais. Assim, o Direito Penal pode estar dentro do âmbito da Constituição, não apenas quanto à observância dos princípios gerais (legalidade, anterioridade, irretroatividade, individualização da pena), mas também com relação aos princípios da intervenção mínima, ofensividade, lesividade, culpabilidade, fazendo com que o conteúdo propriamente dito da Direito Penal encontre raízes mais profundas na Constituição. Portanto, ‘o Direito Penal protege, em vez de um ou mais bens jurídicos, aqueles que são *constitutivos* para a Constituição como uma totalidade, portanto também os direitos fundamentais. Com frequência protege, ainda, indiretamente, todos os valores que são objetos dos correspondentes direitos fundamentais’.”⁸⁵

No Direito Penal brasileiro, a sistemática da parte especial do Código Penal está fundamentada na consideração dos bens jurídicos, nos quais as distintas figuras penais são distribuídas em conformidade com o bem jurídico protegido, destacado em cada título.

Cada título corresponderá à proteção de um bem jurídico⁸⁶. Essa classificação em títulos e capítulos, como muito bem denuncia Lenio Luiz Streck, não provém de uma neutralidade do legislador e muito menos de sua (pretensa) racionalidade. Esse trabalho de classificação em títulos e capítulos é seletivo, é dizer, optar por castigar/apenar com maior rigor ou menor rigor determinados delitos é um trabalho que refletirá o tipo de sociedade desejada pelo “legislador-encarregado-de-fazer-a-lei”⁸⁷. Um

85. ALVES, Rosa Maria Guimarães. Paradigmas fundantes para a construção do sistema penal. In: LOPES, Maurício Antonio; LIBERATI, Wilson Donizeti (Orgs.). *Direito penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 154-155.

86. Assim, por exemplo, o Título I do nosso Código Penal refere-se aos “crimes contra a pessoa”, no qual estão incluídos homicídio, infanticídio, lesão corporal, aborto, honra, etc. O Título II, por outro lado, refere-se aos “crimes contra o patrimônio”, em que estão localizados furto, roubo, latrocínio, dano etc.

87. STRECK, Lenio Luiz, *Tribunal do júri...*, cit., p. 58.

exemplo demonstra muito claramente, como é o caso do crime de sonegação fiscal, olhado com extrema benevolência pelo *establishment*⁸⁸. Com isso, fica fácil perceber para quem (e contra quem) funciona o sistema. O sistema penal reage de forma seletiva em face da conflituosidade social.

Se o bem jurídico deve estar sob a ótica do Estado Democrático de Direito, políticas legislativas *ad hoc*, desvirtuadas dos objetivos da República brasileira (art. 3º da CF), e que, portanto, visam somente interesses das classes dominantes, merecem ser erradicadas do Brasil. Por isso, não pode surpreender o fato de que o Direito Penal “protege-pune” com mais rigor os crimes contra a propriedade do que os contra a vida.⁸⁹

Sendo o Direito um instrumento de transformação social, o Direito Penal não pode estar desvinculado das finalidades inerentes ao Estado Democrático de Direito. A tutela penal, por meio de uma intervenção subsidiária, fragmentária e proporcional, deve conter a identificação do bem jurídico sob uma ótica de estabelecimento de igualdade material ou substancial, o que somente ocorrerá por intermédio da seleção daquelas condutas que, efetivamente, impeçam a implementação dos direitos fundamentais, sociais e dos objetivos da República estabelecidos na Constituição. A abordagem do conceito de bem jurídico, inobstante seja uma tarefa

88. A Lei n. 9.246, pela qual, consoante o disposto no artigo 34, o pagamento do tributo ou da contribuição social, objeto de crime de sonegação, antes do recebimento da denúncia, extingue a punibilidade. Veja-se, pois, como é (bem) tratado o sonegador e como é (mal) tratado, por exemplo, um ladrão de bicicleta ou de galinha, para o qual, se devolvida voluntariamente a *res*, antes do recebimento da denúncia, restará, tão-somente, uma diminuição de pena (art. 16 do CP).

89. Eunice Nunes nos mostra algumas distorções: adulterar número de chassi é crime punido com 3 a 6 anos de reclusão e multa, pena mínima maior do que a de, por exemplo: a) lesão corporal grave em que a vítima perde, por exemplo, um dos olhos. Nesse caso, a punição é de 1 a 5 anos de reclusão; b) instigação ao suicídio, se vier a ocorrer a morte. Nesse caso, a pena é de 2 a 6 anos de reclusão; c) infanticídio é castigado com 2 a 6 anos de detenção. Homicídio doloso simples é punido de 6 a 20 anos de reclusão, pena mínima inferior à de, por exemplo: a) o roubo com lesão corporal grave culposa, em que a pena é de 7 a 15 anos de reclusão; b) extorsão mediante seqüestro simples, em que a pena é de 8 a 15 anos de reclusão. Se esse crime durar mais de 24 horas, a pena subirá para 12 a 20 anos de reclusão, igual à do homicídio qualificado (considerado hediondo). Para tanto, consultar: NUNES, Eunice. Reforma pontual torna Código Penal colcha de retalhos. *Folha de S. Paulo*, Caderno Cotidiano, 26 jul. 1997, p. C-2.

árdua, deve vincular-se às finalidades do Estado Democrático de Direito, ou seja, fazer do Direito um instrumento de modificação do *status quo*.

5.2.2 Parâmetros constitucionais do bem jurídico-penal

É importante destacar com Luigi Ferrajoli que, inobstante ter havido uma parábola inovadora do conceito de bem jurídico, desde o surgimento do pensamento ilustrado – o que revelou uma progressiva perda do ponto de referência externo –, após a Segunda Guerra Mundial, com o renascimento de uma cultura liberal e democrática, recuperou o conceito de bem jurídico o seu caráter garantista, tanto pelo resgate de sua referência a situações objetivas e interesses de fato independentes das normas jurídicas, quanto pela retomada de sua relevância crítica e função axiológica, a partir de limites estabelecidos com base em valores ou bens constitucionais.⁹⁰

A Constituição traz um caráter limitador das leis penais, no momento em que regula os direitos e liberdades fundamentais, contemplando, implícita ou explicitamente, os limites do poder punitivo e os princípios informadores do direito repressivo.

“As proibições penais não se podem estabelecer para fora dos limites que permite a Constituição, isto significando, também, que não podem ser afrontados os princípios éticos, norteados pela Lei Maior, mesmo que instituídos em dispositivos programáticos, sem regulamentações que lhes garantam uma existência real.”⁹¹

Seguindo esse caminho, ingressa a teoria jurídico-penal, no que se refere ao bem jurídico, no âmbito das teorias constitucionais, dentro de limites impostos pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. As

90. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 470.

91. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *Fundamentação constitucional do direito penal*, cit., p. 38.

orientações político-criminais para a definição dos bens a serem protegidos pela lei penal e, conseqüentemente, quais condutas devam ser proibidas, devem seguir essa trajetória. Com isso, haverá a vinculação do Direito Penal vigente ao caráter principiológico/deontológico da Constituição, de modo que, se o legislador afastar-se desses limites, poder-se-ia dizer que a norma legislada é inconstitucional, por violar princípios fundamentais constante do contrato social, cuja explicitação é a Constituição.

Segundo afirma André Copetti, diante desse modelo, altera-se a própria função do direito e do sistema penal:

“Face à existência de uma série de bens valorados em nível constitucional, cabe ao Direito Penal assegurar esses bens, seja pela criminalização de determinadas condutas, seja pela consideração da irrelevância de outras, por não atingirem qualquer bem jurídico, ou porque sua criminalização importará na violação de outros bens contemplados constitucionalmente.”⁹²

Luiz Luisi acertadamente informa que:

“Nos princípios constitucionais se situam, de um lado, os fundamentos do direito de punir do Estado, indicando seus fins e seu alcance como também as suas fontes e as exigências de seus enunciados e, principalmente, fixando infranqueáveis limites, e, de outro, as exigências do *Sozialstaats*, fazendo do Direito Penal um instrumento na construção de uma sociedade que, mantendo-se fiel às instâncias inderrogáveis dos postulados iluministas, almeje, também, ser mais igualitária, isto é, mais justa.”⁹³

A presença de cláusulas pétreas e de direitos decorrentes delas, que são consagrados na Constituição, marcam os limites (parâmetros) que o

92. COPETTI, André, *Direito penal e estado democrático de direito*, cit., p. 102.

93. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 12.

legislador ordinário, principalmente em matéria penal, não pode transpor. Para o estabelecimento de uma criminalização, é necessária a observância, como fonte principal, dos bens constitucionais, ou seja, aqueles que, passados pela filtragem valorativa do legislador constitucional, são postos como base e estrutura jurídica da comunidade.

O legislador é limitado pelos parâmetros demarcados pela Constituição – e neste caso entra a questão da esfera do indecidível –, de modo que, de maneira relativa, ele apenas declara quais os bens jurídicos que serão tutelados pela Lei Maior, quais as espécies de medida e sanção a ser aplicada pelo rompimento dessa proteção.

Portanto, os parâmetros constitucionais do bem jurídico-penal reestrutura o Direito Penal na concepção de uma Estado Democrático de Direito, possibilitando a identificação do bem jurídico socialmente relevante como fonte única de legitimação do Direito Penal. É preciso buscar na Constituição a gênese e função do bem jurídico.

5.2.3 Para quem o Direito Penal deve voltar suas “baterias”

A partir do que até aqui foi analisado, verifica-se que a necessidade de readequação qualitativa do Direito Penal passa não somente por uma deflação legislativa em torno de condutas atualmente punidas, mas também por uma maior penalização de comportamentos ainda não proibidos nem castigados de maneira apropriada, fenômeno que encontra amparo na própria construção teórica do garantismo.

Se a descriminalização é legítima, relativamente a condutas de insignificante ou nenhuma lesividade social e constitucional, notadamente àqueles valores inerentes ao Estado Democrático (e Social) de Direito, afigura-se indiscutível a necessidade de redimensionar a tutela do Direito Penal, ou seja, torná-lo inflexível relativamente a macrocriminalidade, à criminalidade do colarinho branco, enfim, àquela fatia da delinquência que, efetivamente, é lesiva e impede a implementação dos princípios e direitos sociais, bem como dos objetivos da República, configurados na Constituição.

Como um braço armado da Constituição, o Direito Penal também assegura o cumprimento das prestações públicas de que dependem todos os indivíduos no contexto da assistência social imposta pelo Estado Democrático de Direito.

Na medida em que, conforme assinalado anteriormente, o parâmetro de validade do Direito Penal somente é encontrado nos valores constitucionais, a indagação acerca de quais bens jurídicos devem ser tutelados apresenta-se latente. Márcia Dometila Lima de Carvalho, efetuando o balanço entre a necessária descriminalização de condutas por não atingirem valores constitucionais, assevera que uma penalização mais acentuada é imperativa para todo fato grave, considerando como tal aquele que fomenta a injustiça social, que a Constituição pretende eliminar. Em consequência, concebendo a definição de bem jurídico exclusivamente quando efetuada uma filtragem constitucional, assegura que:

“São ilícitos que atacam sordidamente, repulsivamente, medonhamente, os interesses protegidos constitucionalmente aqueles atos que atacam mais gravemente o fundamento não político do Estado Democrático de Direito (dignidade da pessoa humana, inc. III, art. 1º da Constituição), e aqueles que atacam os objetivos fundamentais para a construção de uma sociedade livre, justa, solidária (inc. I do art. 3º), a ser conseguida pelo estabelecimento de uma ordem econômica com finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Desse fundamento e desses objetivos resultam, não só os direitos individuais, mas os direitos culturais (art. 215), o direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e os famosos direitos sociais (art. 6º); todos direitos inalienáveis da coletividade e passíveis de ataque hediondos (...). Crimes hediondos são forçosamente também o crime econômico, o crime ambiental, quando de consequências graves, *verbi gratia*, quando ameaçadores dos princípios constitucionais, voltados ao desenvolvimento da justiça social, do equilíbrio ambiental.”⁹⁴

94. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *Fundamentação constitucional do direito penal*, cit., p. 48-49.

No mesmo sentido é o posicionamento de Lenio Luiz Streck, ao afirmar que:

“A sanção penal deve ser reservada para garantir a consecução dos objetivos do Estado de realizar a justiça social: tais são os limites dentro dos quais deverá atuar o legislador penal, ou seja, a repressão à criminalidade econômica deverá ser instrumentalizada no sentido de regulando o mercado e protegendo os menos favorecidos pela fortuna, promover o desenvolvimento nacional e a justiça social.”⁹⁵

Por esse prisma, dentre outras sugestões que podem ser colhidas, Fábio Roque Sbardelotto, afirma que:

“Considero imperativo acentuar reprimenda relativamente aos crimes de sonegação fiscal, eliminando o privilégio conferido pelo artigo 34 da Lei n. 9.249/95, abrindo-se perspectiva para acréscimo da pena privativa de liberdade e pecuniária a eles previstas, na medida em que se constituem em condutas que, inegavelmente, impedem a efetivação dos valores, princípios e direitos constitucionais. Sugere-se, como medida urgente, a criminalização de todas as condutas hoje tipificadas como meros atos de improbidade administrativa, por meio da Lei n. 8.429/92. Da mesma forma, acentuar reprimenda para os delitos perpetrados por administradores públicos (funcionários públicos em sentido amplo), com a criação de legislação penal própria e única para essas atividades, preferencialmente inserindo-a no Código Penal, o que pressupõe uma readequação daquelas condutas já abarcadas de forma tênue no ultrapassado Decreto-Lei n. 201/67. Abre-se a possibilidade, com isso, de inserirmos as infrações penais mencionadas, juntamente

95. STRECK, Lenio Luiz. As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do controle de constitucionalidade. In: *A sociedade, a violência e o direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 112.

com os delitos de lavagem de dinheiro, crimes contra a ordem econômica, crimes ambientais, delitos eleitorais e crimes praticados em licitações públicas na agenda dos delitos hediondos, na medida em que todos eles são resultados de uma delinquência graduada, ofensiva dos direitos sociais e impeditivos da efetivação dos objetivos da República.”⁹⁶

Assim, as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferencialmente para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado. Ou seja, no Estado Democrático de Direito – instituído no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 – devem ser combatidos os crimes que fomentam a injustiça social, o que significa firmar que o direito penal deve ser reforçado naquilo que diz respeito aos crimes que promovem e/ou sustentam as desigualdades sociais.

6. APROXIMAÇÕES FILOSÓFICO-HERMENÊUTICAS

Outros fundamentos para a proposta de filtragem hermenêutico-constitucional do Direito Penal decorrem das contribuições da filosofia contemporânea, que destacou a linguagem como abertura e acesso ao mundo, isto é, como condição de possibilidade.

Essa contribuição filosófica possibilita a introdução no campo do Direito de um novo modo de compreensão do fenômeno jurídico, principalmente no que diz respeito à interpretação da lei e à superação da concepção positivista do Direito.

Assim, consolidou-se o entendimento de que a compreensão do sentido de uma coisa, de um fato, de uma situação qualquer ou de uma lei, pressupõe sempre um pré-conhecimento daquilo que se quer compreender.

96. SBARDELOTTO, Fábio Roque, *Direito penal no estado democrático de direito...*, cit., p. 214-215. Tais condutas proporcionam injustiça social, acentuam a pobreza e a falta de saúde e educação para o povo, pois corroem as estruturas políticas e sociais de nosso país.

Conforme se verá adiante, “desde o início até o final do processo cognitivo, toda interpretação, embora não chegue a ser determinada, em larga medida é guiada pela pré-compreensão do intérprete”.⁹⁷

Para um melhor entendimento acerca da hermenêutica contemporânea como uma das principais condições de possibilidade para a compreensão constitucional do Direito Penal, torna-se necessária a abordagem da linguagem ao longo da história da filosofia, até o advento da virada lingüística.

6.1 A filosofia e a linguagem

A questão da linguagem⁹⁸ sempre esteve posta em diferentes épocas⁹⁹. O escrito *Crátilo* de Platão, do ano de 388 a.C., segundo Lenio Luiz Streck, pode ser considerado a primeira obra de filosofia da linguagem. Sobre as teses expostas em *Crátilo*, o autor aponta:

“São contrapostas duas teses/posições sobre a semântica: o naturalismo, pela qual cada coisa tem um nome por natureza (o *logos* está na *physis*), tese defendida no diálogo por Crátilo; e o convencionalismo, posição sofística defendida por Hermógenes,

97. COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 2. tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 15.

98. CHAUÍ, Marilena. *Filosofia*. São Paulo: Ática, 2002. p. 71-75. (Série Novo Ensino Médio, v. único). Conforme a autora, pode-se ter uma noção da linguagem como sendo “um sistema de signos ou sinais usados para indicar coisas, para a comunicação entre pessoas e para a expressão de idéias, valores e sentimentos (...). Linguagem é um sistema de sinais com função indicativa, comunicativa, expressiva e conotativa”.

99. De acordo com o professor Maurílio Camello é possível dizer que “na realidade, linguagem sempre foi objeto de discussão filosófica, ao menos no que diz respeito à intermediação entre pensamento e realidade. Heráclito, os sofistas, Platão, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Guilherme de Ockham, antes da modernidade, todos puseram, de um modo ou de outro, a linguagem como meio de exprimir-se o bom e o mau, o justo e o injusto, aquilo que torna possível a vida social e política – coisa de que só os homens são capazes”. (CAMELLO, Maurílio José de Oliveira. *Temas de filosofia*. Taubaté: Universidade de Taubaté, 2000. p. 41-42, Apostilas).

pela qual a ligação do nome com as coisas é absolutamente arbitrária e convencional, é dizer, não há qualquer ligação das palavras com as coisas.”¹⁰⁰

Na tese convencionalista, a verdade deixava de ser prioritária. A palavra, para os sofistas, era pura convenção e não obedecia nem à lei da natureza, e tampouco às leis divinas. Como era invenção humana, podia ser reinventada e, conseqüentemente, as verdades estabelecidas podiam ser questionadas. Ao longo da obra, para discutir essa relação, o Sócrates platônico toma como modelo a atividade do artesão, em que há uma finalidade própria a cada coisa e a cada ação e que, analogicamente aos instrumentos adequados a cada atividade artesanal, há também um responsável pelo estabelecimento dos nomes para as coisas. Diante desse responsável em dar nome às coisas – se os nomes são criados por esse artesão –, poder-se-ia dizer que eles, os nomes, são uma convenção. Portanto, Sócrates defende uma posição que concilia as duas teses.

Assim, entre os dois pólos (Crátilo e Hermógenes), deliberadamente postos no diálogo para propiciar a apresentação de uma tese intermediária – a sua, “Platão começa a esconder o ser, ao trabalhar com a concepção de que é possível saber o que seja a coisa sem o uso da linguagem.”¹⁰¹

Para Platão, na linguagem não se atinge a verdadeira realidade e o real só é conhecido verdadeiramente em si, sem palavras, isto é, sem a mediação lingüística.

O paradigma desse pensamento de Platão é o conhecimento das essências, ou seja, das idéias inatas/imutáveis, dos seres exemplares. Lenio Luiz Streck sustenta que:

100. STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, cit., p. 103.

101. Idem, *Ibidem*, p. 106.

“Para Platão, o significado precede o significante e o determina, mas não da mesma forma que vai ser colocada, dois milênios depois, por Saussure, que vai ressaltar o caráter arbitrário do signo, ao passo que para Platão existe uma relação de semelhança entre as idéias e as coisas e entre estas e as palavras.”¹⁰²

Já com Aristóteles – cuja primeira filosofia pretendeu estudar o ser das coisas, ou seja, a sua essência, aquilo que elas são em si mesmas – a linguagem continua tendo um caráter secundário. No fundo, Aristóteles faz uma releitura de Platão, pois a palavra é (somente um) símbolo, e sua relação com a coisa não é por semelhança ou por imitação, mas (apenas) por significação.

A questão está na *adequatio*, é dizer, na conformidade entre a linguagem e o ser. Pressupõe uma ontologia. Ou seja, Aristóteles acreditava que as palavras só possuíam um sentido definido porque as coisas possuíam uma essência.¹⁰³

Assim, Aristóteles desenvolve a metafísica. Pelo fato de a metafísica interrogar o ente, enquanto ente¹⁰⁴, permanece ela junto ao ente e não se volta para o ser enquanto ser (Heidegger). A metafísica escondeu o ser.

Portanto, o conhecimento é visto como um processo de adequação do olhar ao objeto, buscando-se uma similitude entre pensamento e coisa.

102. STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, cit., p. 107.

103. Idem, *Ibidem*, p. 109.

104. Importante trazer a lição do professor Maurílio Camello: “O termo ontologia diz, semanticamente, ‘teoria do ente’ (do grego *ontos* = do ente) e não propriamente ‘teoria do ser’, como muitos o entendem. É possível, de início, entender a diferença entre ‘ser’ e ‘ente’: ‘ser’ é uma noção generalíssima, que contém todos os seres que ‘são’. O ‘ente’ é, por sua vez, a participação no ser: é o que é, o que existe. O verbo ser tem uma quantidade grande de significações e por isso dizia Aristóteles que o ser se predica em muitos modos. Mas o ser é aquilo que todos os entes têm em comum. A ontologia objetiva estudar as múltiplas significações do conceito de ‘ser’ e, ao mesmo tempo, será a teoria dos entes, de sua classificação e sua estrutura.” (CAMELLO, Maurílio José de Oliveira. *Filosofia geral e jurídica. Ontologia: teoria dos objetos*. Taubaté: Universidade de Taubaté, 2003. p. 67. Apostila).

Em conseqüência, *a verdade se caracteriza exatamente pela correspondência entre o intelecto e a coisa visada*¹⁰⁵. O paradigma vigorante sobre a verdade era a *adaequatio rei et intellectus*.

A linguagem é apenas um instrumento que comunica/transporta essências e/ou conceitos verdadeiros. A palavra designa, precisamente, não a coisa individual, mas o comum a várias coisas, ou seja, a sua essência.¹⁰⁶

Combatendo esse paradigma metafísico-essencialista, os estóicos trouxeram grandes contribuições. Procederam à ruptura entre as palavras e as coisas, é dizer, para os estóicos não há relação intrínseca entre o discurso e o mundo do qual o discurso fala.

As bases fundamentadoras dessa concepção são as posições nominalista e materialista.¹⁰⁷

Na esteira dos estóicos, Santo Agostinho entendia que os objetos exteriores exercem uma ação contínua sobre o corpo, e este é impressionado por eles sem que, no entanto, a alma seja afetada. Na relação com o mundo apenas o corpo é afetado. Daí que, para Agostinho “as palavras são signos, e estes signos não nos remetem diretamente às coisas, mas a outros signos, formando um sistema fechado no qual a significação, ao invés de se fazer pela articulação signo-coisa, faz-se pela articulação signo-signo”.¹⁰⁸

Outro pensador que resistiu à busca da essência foi Guilherme Ockham (século XIV), que entendia que todas as coisas denominadas pelo mesmo

105. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, cit., p. 112.

106. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, cit., p. 112.

107. A base teórica da doutrina é um materialismo cósmico que abrange desde os minerais até Deus. Toda realidade, apreendida pela percepção, é um corpo extenso e resistente. Os seres incorpóreos são aquilo que se diz sobre as coisas – os “exprimíveis” – e não as próprias coisas. *Os universais, as essências, são meros nomes que não designam nenhuma existência real.*

108. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, cit., p. 114.

termo nada têm em comum, exceto a própria nomeação: “O que têm em comum entre todas as cadeiras é o fato de elas serem denominadas de cadeiras.”¹⁰⁹

As teses nominalistas abrem caminho para o triunfo da virada lingüística. Houve, ainda, os posicionamentos conceitualistas de Locke (séc. XVIII) e nominalistas de Hobbes (séc. XVII).

Mas a linguagem ainda estava longe de assumir um lugar de destaque, de primordialidade, de abertura para o mundo. Lenio Luiz Streck aduz que:

“Assim, enquanto Hume entende a linguagem como algo intermediário entre as impressões sensíveis e o pensamento abstrato, Immanuel Kant não assinala à linguagem uma função específica nos processos de conhecimento, a não ser como instrumento de designação de tais processos, transmitidos e regulados que são diretamente pelas condições *a priori* da razão.”¹¹⁰

O caráter auxiliar e subsidiário da linguagem, nesse sentido, fica nítido em Kant, porque concebe as palavras como signos das representações.

Pode-se dizer, enfim, que é em Nietzsche que se produz uma ruptura do paradigma metafísico-essencialista. Não há, para Nietzsche, nenhuma semelhança, nenhuma afinidade prévia entre conhecimento e a coisa que seria necessário conhecer. Acertadamente Nietzsche sustenta que não há fatos, mas sim tão-somente interpretações.

Até o século XIX, não houve uma visão originariamente unitária acerca da linguagem. Essa visão começa a ser desenvolvida por Johanm Georg

109. É certo, pois, que a importância do nominalismo não deve ser desprezada. De qualquer sorte, é relevante ressaltar que as posturas nominalistas trouxeram relevantíssimas contribuições para a discussão da linguagem. (Idem, *ibidem*, p. 115).

110. STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, cit., p. 122.

Hamann, Johan Gottfried Herder e Wilhelm von Humboldt¹¹¹. A linguagem passa a ser vista como condição de possibilidade, tanto da objetividade da experiência como da intersubjetividade da comunicação (Hamann). Herder intenta mostrar o acontecer da linguagem como condição de conhecimento de objetos.

Para Humboldt, a linguagem aparece como a condição de possibilidade de uma visão da totalidade do mundo.

Portanto, com esse primeiro giro lingüístico, a linguagem aparece como abertura e acesso ao mundo. Tais autores constituem as fontes gadamerianas. Uma passagem denota bem essa fonte: “Não só o mundo é mundo apenas quando vem à linguagem, como a própria linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo.”¹¹²

Além dessas considerações da linguagem rumo à abertura do mundo, cabe frisar o projeto semiológico de Saussure e o projeto semiótico-pragmático de Charles S. Peirce.

Necessárias para essas reflexões as contribuições de Martin Heidegger para a hermenêutica. É possível afirmar, desde logo, que, ao contrário da hermenêutica clássica (vista como pura técnica de interpretação), a hermenêutica filosófica trabalha com um paradigma de atribuição de sentido. Nesse sentido aduz Lenio Luiz Streck:

“Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, onde a compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou pré-sença), onde o *Da* (o aí) é como

111. Portanto, com esses autores, começa-se o rompimento com o paradigma instituído pela filosofia da consciência, em que a linguagem é um instrumento para a designação de entidades independentes dela ou para a transmissão de pensamentos pré-lingüísticos, concebidos sem a intervenção da linguagem.

112. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 572.

as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser. Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do ser; a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único ente que é o ser-no-mundo, que é cuidado (*Sorge*); cuidado é temporal (*zeitlich*).”¹¹³

O próprio Heidegger assim esclarece a questão da compreensão do sentido do ser:

“A questão sobre o sentido do ser só é possível quando se dá uma compreensão do ser. A compreensão do ser pertence ao modo de ser deste ente que denominamos de pré-sença. Quando mais originária e adequadamente se conseguir explicar esse ente, maior a segurança do alcance na caminhada rumo à elaboração do problema ontológico fundamental.”¹¹⁴

A ontologia clássica entendeu que o Ser era um conceito evidente por si mesmo e, como o mais geral de todos os conceitos, algo indefinível. Abandonou, por isso, a questão do Ser para tratar dos “entes”. Elaborou-se, assim, uma metafísica que tratou da alma, dos conceitos etc., mas esqueceu a questão do Ser. Ora, essa questão deve ser reposta, como a questão fundamental, a questão do Significado.

Os pré-socráticos haviam pensado o Ser como *tò on* (como experiência do ser no “sendo”). A Idade Média distinguia entre “ser” e “ente”. O acesso ao Ser se pode fazer por um ente privilegiado, aquele mesmo que se pergunta pela questão do Ser, o ser-aí, o *Dasein*. Esse *Dasein* é o ser

113. STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, cit., p. 178. Nesse sentido, o professor Maurílio Camello leciona que esse termo designa um ser determinado, que existe devidamente localizado no tempo e no espaço (*da*=aí, por *ai* + *Sein*=presença, existência). Esse *Dasein* é o ser humano, o ente que pergunta pelo sentido do Ser, “ser-no-mundo”, isto é, ligado à realidade concreta das coisas, dotado de faticidade (...). O *Dasein* está em relação com os outros *Dasein*: é, pois, ser-com, que existe no tempo, dimensão essencial do ser-aí. (CAMELLO, Maurílio José de Oliveira, *Temas de filosofia*, cit., p. 39).

114. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo I*. 12. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 266.

humano, o ente que pergunta pelo sentido do Ser, “ser-no-mundo”, isto é, ligado à realidade concreta das coisas, dotado de faticidade (por oposição a “transcendente”, aquilo que está além da experiência). O *Dasein* está em relação com os outros *Dasein*: é, pois, um ser-com, que existe no tempo, dimensão essencial do “ser-aí”. É através de sua temporalidade que o *Dasein* adquire sua essência. E é analisando as estruturas desse *ser-aí* que se obtém uma aproximação do Ser, com o qual o homem mantém uma relação de comum-pertencer.

Analisando as estruturas do *Dasein* Lenio Luiz Streck observa que:

*“O mundo só se nos dá na medida em que já temos certo patrimônio de idéias, é dizer, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas. O ser-no-mundo nada tem daquele “sujeito” que é algo que se contrapõe a um “objeto”, entendido como simples-presença. O estar-aí nunca é algo de fechado de que há que sair para ir ter com o mundo; o Dasein já é sempre e constitutivamente relação com o mundo, antes de toda a distinção artificial entre sujeito e objeto. O conhecimento como interpretação não é o desenvolvimento e articulação das fantasias que o Dasein, como sujeito individual, mas, sim, a elaboração da constitutiva e originária relação com o mundo que, o constitui (o Dasein). Essa é a idéia de conhecimento como articulação de uma pré-compreensão (Vorverständnis) originária que Heidegger chama de ‘círculo hermenêutico’.”*¹¹⁵

115. Antes, o jurista gaúcho explica que: “O homem é definido, pois, como existência, como poder-ser. É aí que entra a noção de ser-no-mundo. Se o estar-aí é ser-no-mundo, diz Vattino, o resultado da análise da mundanidade deverá refletir-se também na determinação das estruturas existências do *Dasein*. O *Dasein* está no mundo, antes de mais e fundamentalmente, como compreensão, além de também como afetividade. O *Dasein*, nas palavras do próprio Heidegger, na sua intimidade com a significatividade, é condição ôntica da possibilidade de descobrir o ente que se encontra no mundo no modo de ser da prestabilidade. Daí que para o estar-aí, ser-no-mundo equivale a ter originariamente intimidade com a totalidade de significados. O mundo não lhe é dado primariamente como um conjunto de ‘objetos’ com os quais, num segundo momento, se relaciona, ao atribuir-lhe os seus significados e funções. As coisas já vêm dotadas de uma função, isto é, de um significado e podem manifestar-se-lhe como coisas, unicamente enquanto se inserem numa totalidade de significados de que o *Dasein* já dispõe.” (STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit., p. 180).

Sem a palavra, sem a linguagem, não há existência. Não se fala sobre aquilo que se vê, mas vê-se o que se fala sobre as coisas. Assim, a linguagem é a condição de possibilidade de ser-no-mundo, de estar-no-mundo. Sem a linguagem, não há mundo, não há compreensão. É, portanto, a linguagem que determina a compreensão e o próprio objeto hermenêutico.

Para os objetivos deste trabalho, parte-se deste ponto, de que o “ser” do intérprete – como o de todo homem – é o seu existir ou a sua condição de ser-no-mundo. Portanto, há uma mediação inexorável da linguagem, no que se refere ao processo de compreensão. Isso faz com que a análise do processo de interpretação e aplicação do Direito seja realista, exigindo uma reflexão sobre os elementos ou fatores constitutivos da personalidade e do modo de pensar dos sujeitos da interpretação, que são pessoas dotadas de existência, faticidade e historicidade, cuja condição de ser-no-mundo, que tudo condiciona, é a sua própria vida, tal como é concretamente vivida em cada lugar e em cada hora.

A partir desse novo modo de compreensão, Martin Heidegger mostra que só se compreende a partir de uma pré-compreensão, e a interpretação se funda na compreensão:

“A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão (...). A interpretação de algo como algo se funda, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia, concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que ‘está’ no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo o princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já ‘põe’, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia,

visão prévia e concepção prévia (...). Rigorosamente, porém, o que é compreendido não é o sentido, mas o ente e o ser. Sentido é aquilo que sustenta a compreensibilidade de alguma coisa. Chamamos de sentido aquilo que pode articular-se na abertura da compreensão. O conceito de sentido abrange o aparelhamento formal daquilo que pertence necessariamente ao que é articulado pela interpretação que compreende. Sentido é a perspectiva em função da qual se estrutura o projeto pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia.”¹¹⁶

Como o compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, nosso acesso a esse mundo só é possível pela linguagem. Portanto, a partir da linguagem como abertura e acesso ao mundo, a filosofia deu um grande salto, rompendo-se com o paradigma essencialista, próprio da filosofia da consciência. Esse salto é denominado de virada lingüística.

6.2 A virada lingüística e a superação do significante primeiro

Ganha importância, neste contexto, a *virada lingüística*, segundo a qual a linguagem deixa de ser vista como um mero instrumento de transmissão do real, para ser seu co-constituente; deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. O mundo, as coisas só existem quando vertidos em linguagem.

A linguagem passa a ser condição de possibilidade de conhecimento e o sentido deixa de ser uma descoberta, mas passa a ser construído, operando, assim, no mundo da vida lingüística.

“A partir das *Investigações filosóficas*, Wittgenstein passa a ser, ao lado de Heidegger, um dos mais ardorosos críticos da filosofia da subjetividade (filosofia da consciência). Parte da idéia de que não

116. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo I*, cit., p. 204-208.

existe um mundo em si, que independa da linguagem; *somente temos o mundo na linguagem*. As coisas e as entidades se manifestam em seu ser precisamente na linguagem, posição que também *o aproxima* muito de Heidegger. A linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser *condição de possibilidade* para a própria constituição do conhecimento. Cai por terra, assim, a teoria objetiva (instrumentalista, designativa). Não há essências. Não há relação entre os nomes e as coisas. Não há qualquer existência comum entre as coisas no mundo. Abandona-se o ideal da exatidão da linguagem, porque a linguagem é indeterminada. O ideal de exatidão é um mito filosófico.”¹¹⁷

É nesse sentido que Hans-Georg Gadamer vai dizer que o caráter da interpretação é sempre produtivo. Esse aporte produtivo forma parte inexoravelmente do sentido da compreensão. Lenio Luiz Streck ensina que o acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão de horizonte para si mesmos. Sempre interpretamos, pois!¹¹⁸ “O intérprete e o texto possuem cada qual seu próprio ‘horizonte’ e todo compreender representa uma fusão de horizontes”¹¹⁹. Repita-se, pois, para interpretar necessitamos compreender. Para compreender, temos que ter uma pré-compreensão.

Consequência disso é que não se pode atribuir significado sem recorrer às práticas sociais. Falar do mundo é falar de linguagem que nasce indissociável do indivíduo interpretante.

A relação não é mais *sujeito-objeto*, mas *sujeito-sujeito*. O Direito, portanto, constitui-se em linguagem. E o conhecimento jurídico só se realiza nessa seara, posto que o Direito como objeto construído é forjado em face de signos lingüísticos.

117. STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit., p. 152.

118. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 169.

119. GADAMER, Hans-Georg, *Verdade e método II: complementos e índices*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 132.

Após abordar as contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, Lenio Luiz Streck sustenta que:

“Para que se rompa com as concepções vigorantes no campo jurídico-dogmatizante, sustentadas no paradigma metafísico-objetificante, os textos jurídicos e os fatos sociais não podem ser tratados como objetos. Com os aportes do novo paradigma hermenêutico aqui defendido, sustentando as concepções heideggerianas-gadamerianas, essa relação objetificante/deve ser rompida, introduzindo-se uma relação entre o operador-intérprete do Direito e as normas/fatos sociais mediante uma ontologia fundamental onde o *Dasein* não é contraposto ao mundo das coisas e nem dele está apartado, mas, sim, o *Dasein* é/só-pode-ser junto com as coisas.”¹²⁰

Conseqüentemente, o intérprete do Direito não contempla o objeto (o Direito, os textos jurídicos, o fenômeno social etc.), para, assim, reconstruí-lo. E conclui o autor:

“É ilusão pensar – e aqui parafraseio Heidegger quando fala da obra de arte – que é nossa descrição, enquanto atividade subjetiva, que faz figurar as coisas, para depois projetá-las. A partir do *linguistic turn*, o intérprete é alguém já inserido – desde sempre – na linguagem, da qual o objeto inexoravelmente faz parte.”¹²¹

Assim, se o mundo é linguagem, o Direito é linguagem e se esta é preñe de vagueza e ambigüidade, impossível a construção de discursos unívocos. A linguagem deixa de ser vista como um instrumento de mediação entre o essencial dado e o real, mas passa a ser indissociável do próprio processo de compreensão. O operador do Direito, o intérprete do Direito faz parte do mundo tanto quanto o Direito e, esse mundo se concebe

120. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 241.

121. Idem, *ibidem*.

pela linguagem. A realidade do Direito, portanto, é co-criada e não descrita como objeto.

“Interpretar é, pois, hermenêutica, e hermenêutica é compreensão e através dessa compreensão se produz o sentido (*sinngebung*) (...). Desse modo, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um) a hermé(nê)utica jurídica tradicional-objetivante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. (...) No âmbito da interpretação da lei, naquilo que tradicionalmente chamamos de hermenêutica jurídica, é preciso chamar a atenção (dos juristas) para o fato de que nós não temos mais um significante primeiro, que se buscava tanto em Aristóteles como na Idade Média, como ainda em Kant; significante primeiro que nos daria a garantia de que os conceitos em geral remetam a um único significado (*Stein*). Daí por que um rompimento com essa tradição do pensamento jurídico-dogmático é difícil e não se faz sem ranhuras.”¹²²

Linguagem é, pois, ação. É condição de possibilidade. Para interpretar necessitamos compreender. Para compreender, temos que ter uma pré-compreensão (por exemplo, para uma adequada compreensão da Constituição, necessitaríamos de uma prévia teoria da Constituição), constituída de estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia – que já une todas as partes (textos) do “sistema”. É a condição-de-ser-no-mundo que vai determinar o sentido do texto (e não o método de interpretação, como se verá adiante).

Com a virada lingüística, passa-se, enfim, da essência para a significação, onde o importante e decisivo não está em se saber o que são as

122. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, cit., p. 209, 211 e 238.

coisas em si, mas o que dizemos quando falamos delas, o que queremos dizer com, ou que significado têm as expressões lingüísticas (a linguagem) com que manifestamos e comunicamos esse dizer das coisas.

A crise de compreensão que atravessa a dogmática jurídica tem obstaculizado a necessária filtragem hermenêutico-constitucional do Direito Penal.

Vige, ainda, a crença no caráter fetichista da lei, no interior do qual confunde-se vigência com validade. Portanto, “o ‘elo’ (imanência) que ‘vinculava’ significante e significado está irremediavelmente perdido nos confins da viragem lingüística ocorrida no campo da filosofia.”¹²³

6.3 A hermenêutica jurídica no Brasil

Há uma crise de dupla face no Direito e especificamente na dogmática jurídica informada (infelizmente ainda) pelo paradigma liberal-individualista-normativista e pela filosofia da consciência. Com isso, a “hermenêutica” praticada no Brasil vem sendo um obstáculo à realização dos direitos fundamentais e à própria realização do Estado Democrático de Direito.

A hermenêutica, pois, deve ser (re)vista como condição de possibilidade da efetivação de uma filtragem constitucional dos direitos, que aqui vem a ser o Direito Penal.

No Brasil, o modo-de-fazer-Direito-cotidianamente está forjado na idéia de que é possível atingir a verdade, a *ratio essendi* da lei, a correta *mens legis*, a fiel *mens legislatoris*. Isto é, esse paradigma (ainda) está preso ao positivismo dogmático e aos postulados do Estado Liberal. Por isso, elaborar uma hermenêutica de ruptura passa necessariamente pelo

123. STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit., p. 80.

rompimento com as concepções metafísico-essencialistas-ontológicas acerca da interpretação.

Não se pretende, aqui, recuar aos primórdios da história da hermenêutica¹²⁴. O relevante para o presente escrito é que a hermenêutica passou a ser assim denominada no século XVII, como a *arte de interpretar*, buscando descobrir regras e métodos para a correta interpretação.¹²⁵

A lei em si não possui um sentido latente, oculto, a ser descoberto, mas depende fundamentalmente do interrogante concreto formulado, bem assim do sujeito interpretante. Esse sujeito interpretante, por sua vez, não é mais aquele sujeito contemplador da norma-objeto, imunizado de valores, como pretende a filosofia da consciência, mas um sujeito incluído desde sempre no mundo da vida.

A pretensão de construir uma teoria do Direito positiva, de caráter formal, não mais se sustenta. A postura formalista recorre à teoria para atribuir sentido ao mundo da vida, distanciando-o paulatinamente da realidade, coisificando os sujeitos e os conflitos existentes no âmbito social.

A abstração lógico-formal trata os conflitos como meras hipóteses de incidência das normas jurídicas, manejadas através de conceitos, classificações e categorias.¹²⁶

Assim, os conflitos são adequados em *standarts* dogmáticos, cuja atribuição de sentido é formulada pelo *senso comum teórico*.¹²⁷

124. Diz-se que a palavra *hermenêutica* deve sua origem ao nome de Hermes, o deus grego que servia de mensageiro dos deuses, transmitindo e interpretando suas comunicações aos seus afortunados ou, com freqüência, desafortunados destinatários. Entretanto, nunca se soube o que diziam os deuses; sabia-se apenas o que Hermes dizia acerca do que o os deuses falavam.

125. Seu estatuto pretendia evitar a arbitrariedade no campo da interpretação, acreditando-se na existência de um núcleo fundante, imanente: era movida por uma verdade escondida por detrás dos textos.

126. ROSA, Alexandre Moraes da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis: Habitus, 2002. p. 115.

127. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 13-15. O autor explica o senso comum teórico da seguinte forma: "Nas atividades cotidianas – teóricas, práticas e acadêmicas – os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma

Ao buscar a resolução pelo modelo lógico formal, a atividade dos atores jurídicos é de alcançar o *sentido correto* das normas jurídicas, capaz de ser desvelado mediante métodos interpretativos adequados, formulados, todavia, pelo *sensu comum teórico*.

Longe de ser o *verdadeiro sentido*, nada mais é o da *fala prevalente*¹²⁸. De sorte que o sentido já vem dado pelo discurso jurídico autorizado, cabendo ao ator jurídico, vinculado a esse modo de operacionalidade, encontrar a melhor doutrina ou a jurisprudência consolidada pelos tribunais, renunciando, assim, ao seu papel de intérprete.

Hans-Georg Gadamer indaga:

“Será que o sentido de um texto realmente se esgota no sentido que o autor ‘tem em mente’ (*mens auctoris*)? Será a compreensão nada mais do que a reprodução de um produto original? Está claro que

constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, *habitus* de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação”. Continua ainda dizendo que “os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte canonizam-se certas imagens e crenças, para preservar o segredo que esconde as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder”.

128. Sobre a fala prevalente, consultar: STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit., p. 209-214. Nesse caminho, o autor percebe que “é necessário chamar a atenção dos operadores/intérpretes para o fato de que, nesse processo de (inter)mediação, pelo qual a dogmática jurídica (re)produz os discursos de verdade, estes nunca são os resultados de um emissor isolado, estando vinculados a uma prática comunitária organizada em torno de uma subjetividade específica dominante. Nenhum homem pronuncia legitimamente palavras de verdade se não é filho (reconhecido) de uma ‘comunidade científica’, de um monastério dos sábios. E é justamente desse monastério dos sábios que emana a ‘fala autorizada’ que (re)produz o *habitus* do campo jurídicos. Os eleitos, enfim, aqueles que podem falar/dizer a-lei-e-o-direito, recebem o cetro (o *skeptron* da obra de Homero) de que fala Bourdieu. Estão, assim, (plenamente) autorizados a fazer, inclusive, ‘extorsões de sentido’ e ‘abusos significativos’. E quem se rebelar, quem tiver a ousadia de desafiar esse processo de confinamento discursivo, enfim, quem tentar entabular um contradiscurso, um discurso crítico, responde(rá) pelo (hediondo) crime de porte ‘ilegal da fala’.”

esse questionamento não pode ser aplicado a uma hermenêutica jurídica, que exerce uma evidente função de criação do direito.”¹²⁹

Com isso, o trabalho deixa de ser hermenêutico para se circunscrever à escolha das significações mostradas pelo *sensu comum teórico*.¹³⁰

Assim, os operadores jurídicos são incapazes de construir um caminho. Precisam ser guiados pelos condutores da fala autorizada e/ou da jurisprudência autorizada.

Com efeito, as possibilidades hermenêuticas do *garantismo* dependem de um deslocamento a ser efetuado no campo da linguagem, suplantando-se as velhas maneiras de significar, desde dentro da jaula do *sensu comum teórico*. É preciso assumir a consciência da autonomia do ator jurídico no processo de atribuição de sentido.

Fundamental para os fins desta abordagem é que há um rompimento com o *essencialismo*, trazendo-se a linguagem para o centro da compreensão. Conforme visto anteriormente, há duas concepções. A *naturalística* de índole platônica, na qual cada coisa traz consigo um nome por natureza e a *convencionalista*, para a qual a significação é um processo de convenção e de linguagem.

O *sensu comum teórico* trabalha, ainda, com a concepção essencialista da verdade-em-si-mesma. A lei e seu significado são vistos como algo já dado, passível de ser descoberto, com franca influência cartesiana.

129. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índices*, cit., p. 126.

130. Essa postura, contudo, não transparece. Fica escamoteada por meio de recursos metodológicos e epistemológicos do paradigma prevalecente. Isso porque o *poder* somente se desnuda para quem sabe que ele existe. Lenio Luiz Streck nos aponta melhor: “O sentido comum teórico somente é sentido comum teórico para quem o sabe, para quem está no mundo, para quem, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes e o apreende enquanto tal. *A contrario sensu*, o sentido comum teórico não existe para quem não o compreende (e o interpreta) como sentido comum teórico. O mito só é mito para quem acredita nele”. (STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit., p. 250-251).

6.4 A interpretação da lei no Brasil e sua relação com o Direito Penal

Para uma melhor compreensão do acima exposto, faz-se necessária uma análise acerca do modo interpretativo vigente e dominante no cotidiano dos juristas pátrios.

Além da crise de dupla face vista anteriormente, atuando atrelada ao paradigma liberal-individualista-normativista que, no Direito Penal, atende aos interesses da classe dominante, em nosso país também prevalece o modelo de interpretação formulado por Emilio Betti, que apresenta uma teoria geral da interpretação, válida para as ciências do espírito, e, especialmente, para a ciência jurídica.

Maria Helena Diniz escreve que, segundo esse autor, são três os tipos de interpretação: a histórica, a normativa ou dinâmica e a comunicativa ou transmissiva.¹³¹

Emilio Betti defendia uma tese objetiva-idealista, pela qual era possível a reprodução do sentido originário da norma, com uma hermenêutica que dá regras para a interpretação, as quais dizem respeito tanto ao objeto como ao sujeito da interpretação.

Portanto, no Brasil o modelo se assenta na possibilidade que o sujeito alcance a “interpretação correta”, o “exato sentido da norma”, o “exclusivo conteúdo/sentido da lei”, o “verdadeiro significado do vocábulo”, “o real sentido da regra jurídica” etc.

131. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 91. Importante, já nesse momento, trazer a crítica feita por Gadamer a essa teoria geral da interpretação, pois ele entendia como um processo unitário não somente a compreensão e a interpretação, mas também a aplicação: “De fato, a teoria da hermenêutica que chega até os nossos dias se desagregou em distinções que ela mesma não é capaz de sustentar. Isso fica muito claro onde se procura formular uma teoria geral da interpretação. Se distinguirmos, por exemplo, entre interpretação cognitiva, normativa e reprodutiva, como fez E. Betti em sua *Allgemeine theorie der interpretation* – obra que apresenta um admirável conhecimento e domínio do tema -, as dificuldades aparecem no momento de submeter os fenômenos a esse esquema de divisão.” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, cit., p. 409).

Pode-se afirmar, com Lenio Luiz Streck, que o pensamento dogmático do Direito acredita na possibilidade de que o interprete extrai o sentido da norma, como se este estivesse contido na própria norma, enfim, como se fosse possível extrair o sentido-em-si-mesmo. Ou seja, trabalha, assim, com os textos no plano meramente epistemológico, olvidando o processo ontológico da compreensão.

Carlos Maximiliano, em lição clássica, sustenta que:

“A hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e alcance das expressões do Direito. As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.”¹³²

Para Aníbal Bruno, interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido, sendo que, quando a lei é clara, a interpretação é instantânea. Conhecido o texto, apreende-se imediatamente o seu conteúdo¹³³. Na mesma linha, Maria Helena Diniz, sustenta que:

“Interpretar é descobrir o sentido e alcance da norma (...). Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado do vocábulo, extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e contundente a uma decisão.”¹³⁴

132. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica jurídica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 1.

133. BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 212. v. 1.

134. DINIZ, Maria Helena, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 415.

Também Julio Fabbrini Mirabete aduz que se pode conceituar a interpretação como “o processo lógico-jurídico que procura estabelecer a vontade contida na norma jurídica”¹³⁵. Já Damásio E. de Jesus assevera que:

“A interpretação consiste em extrair o significado e a extensão da norma em relação à realidade. É uma operação lógico-jurídica que se dirige a descobrir a vontade da lei, em função de todo o ordenamento jurídico e das normas superiores de cultura, a fim de aplicá-las aos casos concretos da vida.”¹³⁶

Nestas breves observações, fica fácil perceber, nesta “busca do verdadeiro sentido da norma” e na “revelação” que deve ser feita pelo intérprete, a forte presença da dicotomia sujeito-objeto, própria da filosofia da consciência, onde a linguagem assume um papel secundário. Registre-se que, apesar das críticas que podem ser feitas aos autores, eles sustentam que a interpretação de um texto é sempre necessária, rejeitando-se a tese do *in claris cessat interpretatio*.

6.5 Conseqüências da busca do significante primeiro

A primeira conseqüência que surge desse modo de interpretar reinante na dogmática jurídica brasileira é a que se refere à dualidade acerca da *voluntas legis* e da *voluntas legislatoris*.

Sempre houve preocupação sobre o que vale mais: a vontade da lei ou a vontade do legislador? Tem importância saber/descobrir o que é que o legislador quis dizer ao elaborar o texto normativo? Qual era a sua intenção? É possível descobrir a vontade da lei? Pode uma norma querer alguma coisa?¹³⁷

135. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1, p. 51.

136. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1, p. 33.

137. Para identificar as diferentes tendências, basta que se encontrem alusões “ao espírito do legislador” (o que isso significa ninguém consegue explicar), à “vontade do legislador” (como se fosse possível aferir essa vontade, mormente quando “o legislador” troca de partido político ou já morreu), ao “espírito da lei”, para que se esteja diante de um adepto subjetivista;

Há no plano do senso comum teórico um “mais” do que a filosofia da consciência, estando em pleno vigor também o paradigma metafísico aristotélico-tomista, de cunho dedutivista, ambos consubstanciando as práticas argumentativas dos operadores jurídicos. Como o processo de formação dos juristas tem permanecido associado a tais práticas, tem-se como consequência a objetificação dos textos jurídicos, circunstância que, para a interpretação constitucional, constitui forte elemento complicador/obstaculizador do acontecer da Constituição.

Com a virada lingüística fica, portanto, ultrapassada a questão da *voluntas legis versus voluntas legislatoris*. Até por que, como afirma Tercio Sampaio Ferraz Junior:

“Se o subjetivismo for levado ao extremo favorece um certo autoritarismo personalista, ao privilegiar a figura do legislador, pondo sua vontade em relevo (...). Por sua vez, o objetivismo, também levado ao extremo, favorece um certo anarquismo, pois estabelece o predomínio de uma equidade duvidosa dos intérpretes sobre a própria norma ou, pelo menos, desloca a responsabilidade do legislador na elaboração do direito (...).”¹³⁸

Desse modo, com a aparência da busca do “real” sentido do texto jurídico, mediante a utilização de artifícios do tipo a busca da *mens legis*, do *espírito do legislador*, da *ratio essendi* do Direito etc., e na crença da existência de um legislador racional, constroem-se simulacros de enunciações, que nada mais são do que o resultado de uma rede de ficções que se põe a serviço de efeitos de verdade, no interior da qual não está em questão a validade do enunciado, mas a verdade da enunciação no que diz respeito à sua cota de verossimilhança.

por outro lado, a invocação da “vontade da norma” (como se a norma pudesse ter algum sentimento volitivo), da “intenção da lei” (seria interessante que alguém acompanhasse o processo de formação das leis no parlamento, para verificar das possibilidades de se saber qual foi a vontade da lei), é indício da presença de um “objetivista”.

138. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 267-268.

Também esse modo interpretativo dado pelo senso comum teórico faz com que a dogmática jurídica, ao interpretar/aplicar o direito, utilize um artifício que Tercio Sampaio Ferraz Junior denomina de *astúcia da razão dogmática*¹³⁹, que atua mediante mecanismos de deslocamentos ideológicos-discursivos. Segundo o autor:

“Esta astúcia da razão dogmática põe-se, assim, a serviço do enfraquecimento das tensões sociais, na medida em que neutraliza a pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos. E o faz, ao torná-los, conflitos abstratos, isto é, definidos em termos jurídicos e em termos juridicamente interpretáveis e decidíveis. Ou seja, a partir desse deslocamento, não se discute o problema, mas sim, sobre e a partir dele.”¹⁴⁰

Um exemplo ilustra bem essa consequência aqui examinada. Trata-se do episódio ocorrido envolvendo a Lei n. 6.639. Com efeito, o Poder

139. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 308.

140. Graças ao modo de fazer/interpretar o Direito balizado pelo senso comum teórico, é permitido que, no âmbito do Direito Penal, em face de um conflito de dispositivos legais (Lei n. 8.069/90 versus Lei n. 8.072/90), defender a tese de que quem estuprar uma criança pode ter uma pena mais branda do que quem estuprar uma mulher adulta (existiram posições doutrinárias e até mesmo julgamentos nesse sentido). O artigo 263 da Lei n. 9.069 acrescentou um parágrafo único aos artigos 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor) do Código Penal, agravando a pena quando cometido o crime contra pessoa menor de 14 anos (a pena estabelecida foi de 4 a 10 anos). Entretanto, a Lei n. 8.072/90, que classificou os crimes hediondos, além de agravar a pena de estupro, criou uma causa de aumento de pena, da metade quando praticado o crime contra pessoa menor de catorze anos. Criou-se, assim, o seguinte impasse: o artigo 213, por exemplo, passou a estabelecer que quem praticasse estupro contra pessoa maior (*caput* do artigo), receberia uma pena de 6 a 10 anos; já no parágrafo único, tinha-se que quem praticasse o crime contra pessoa menor de 14 anos, a pena seria menor, ou seja, de 4 a 10 anos. Duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais se formaram: uma defendendo a validade do parágrafo único e outra defendendo a tese de que o citado parágrafo único era inadmissível. Na verdade, neste caso, em vez de discutirem a *lei*, os juristas discutiram *sobre e a partir da lei*, como se ela fosse fruto de um legislador racional. Tão forte foi o poder do senso comum teórico que, na impossibilidade de ver resolvido o problema hermenêutico, o sistema teve que recorrer ao “legislador racional” que, mediante a edição da Lei n. 9.281/96, revogou os parágrafos únicos em questão.

Executivo enviou projeto de lei ao Congresso Nacional concedendo anistia aos agentes políticos que tenham sido responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea “d” do artigo 95 da Lei n. 8.212/91 e no artigo 86 da Lei n. 3.807/60 (retenção de contribuições previdenciárias dos segurados da Previdência Social, sem que fosse atribuição sua). Tal matéria constou do artigo 11 da Lei n. 9.639/98. O projeto foi votado, aprovado e enviado para a sanção do Presidente da República. Ocorreu que, de forma fantasmagórica, foi introduzido um parágrafo único “pirata” ao citado artigo 11, estendendo anistia aos demais responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea “d” do artigo 95 da Lei n. 8.212/91 e no artigo 86 da Lei n. 3.807/60, isto é, o dispositivo acrescentado estendia de forma irrestrita a citada anistia. Surpreendentemente, a lei foi sancionada com a inclusão do parágrafo único pirata. Informado do equívoco, a Presidência da República, no dia seguinte, procedeu à republicação da lei. Pois bem, com base na vigência do aludido parágrafo único do artigo 11, começaram a ser concedidas as anistias, sob os mais variados argumentos, tais como, “em nome da segurança jurídica, o texto foi publicado, apesar do erro, existe e entra em vigor, devendo ser protegidos os direitos decorrentes dessa vigência (...)” etc., aduzindo-se, ainda, citações doutrinárias acerca da interpretação do artigo 1º, parágrafo 4º da Lei de Introdução do Código Civil.

Em decisão plenária de 4 de novembro de 1998, o Supremo Tribunal Federal (HC n. 77724-3, rel. Min. Marco Aurélio) julgou inconstitucional o citado parágrafo único do artigo 11 da Lei n. 9.639/98, em sua publicação no *Diário Oficial da União*, de 26 de maio de 1988, explicitando que a decisão tinha caráter *ex tunc*, atingindo todas as decisões concessivas anteriores.

A argumentação do Supremo Tribunal Federal foi singela – porque singela era a questão –, baseando o acórdão no fato de que o parágrafo único em tela não cumpriu, no Congresso Nacional, o rito de discussão e votação de projeto de lei, previsto no artigo 65 da Constituição. Ou seja, a publicação por engano do parágrafo único não poderia gerar efeitos no mundo jurídico.

Entretanto, para o senso comum teórico dos juristas, o parágrafo único em questão teve validade por um dia. Isso ocorre porque, como já referido, no plano da dogmática jurídica ainda se confundem as noções de vigência e validade de um texto normativo.

Outro problema que exsurge da busca pelo significante primeiro é que a doutrina não doutrina mais; ela está ficando refém da jurisprudência; a dogmática jurídica (doutrina) mais repete o que os tribunais têm decidido. Como consequência, estabeleceu-se no Brasil uma “cultura” jurídica estandardizada, dentro da qual o jurista *lato sensu* vai trabalhar no seu dia-a-dia com soluções e conceitos lexicográficos, desse modo recheando suas petições, pareceres e sentenças com ementas jurisprudenciais que são citadas, no mais das vezes, de forma descontextualizada. Para tanto, os manuais jurídicos põem à disposição da comunidade jurídica uma coletânea de significativos para serem usados, representados por citações de resumos de ementas.¹⁴¹

Desse modo, a dogmática jurídica, enquanto reprodutora de uma cultura estandardizada, torna-se refém de um pensamento metafísico.

Com esse tipo de procedimento, são ignorados os contextos histórico e social nos quais estão inseridos os atores jurídicos (acusado, vítima, juiz, promotor, advogado etc.), bem como não se indaga (e tampouco se pesquisa) a circunstância da qual emergiu a ementa jurisprudencial utilizada.

A principal consequência dessa busca do significante primeiro é no sentido da neutralização das possibilidades interpretativas sobre, por exemplo, os direitos fundamentais, os objetivos do Estado Democrático de Direito, a função que a Constituição atribui ao Código Penal etc. Enfim, a crença nesse significante primeiro distancia cada vez mais o Direito Penal do conteúdo substancial da Constituição.

141. Sobre o problema da linguagem nas práticas jurídicas, consultar: LAKATOS, Suzana. Palavras que dizem nada. *Jornal do Advogado*, São Paulo, CAASP, jun. 2003, p. 4-7.

6.6 Hermenêutica aproximada à Constituição

É preciso ter claro, desde logo, que diferentemente de outras disciplinas (ou ciências), o Direito possui uma especificidade que reside na relevante circunstância de que a interpretação de um texto normativo depende de sua conformidade com um texto de validade superior. Trata-se da Constituição, que, mais do que um texto que é condição de possibilidade hermenêutica de outro texto, é um fenômeno construído historicamente como produto de pacto constituinte, enquanto explicitação de contrato social.

A Constituição é também um existencial. Ela faz parte do modo-de-ser-no-mundo (autêntico ou inautêntico) do jurista/intérprete.

Mas devido à ausência de uma adequada tradição constitucional (baixa constitucionalidade) – traduzida por uma pré-compreensão à qual somente temos acesso pela linguagem – impossibilita o processo interpretativo do jurista (e, conseqüentemente, não ocorre a elaboração das possibilidades projetadas na compreensão, porque esta não existiu). Isso faz com que o jurista, refém do senso comum teórico, aja com indiferença quotidiana com relação à Constituição.

É do sentido que temos da Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema.¹⁴²

Não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição. Ou seja, o intérprete não interpreta por parte, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro compreende, depois interpreta, para, finalmente, aplicar¹⁴³. Pelo

142. STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, cit., p. 179. A esse respeito, o autor mostra que a tradição nos lega vários sentidos de Constituição. Contemporaneamente, a evolução histórica do constitucionalismo no mundo (mormente no Continente Europeu) coloca-nos à disposição a noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que poderemos dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade no Brasil, por exemplo.

143. Para orientar a tarefa do intérprete e do aplicador, há várias técnicas ou processos interpretativos: gramatical ou literal, lógico, sistemático, histórico e sociológico ou teleológico.

contrário, esses três momentos ocorrem em um só: a *applicatio* (Hans-Georg Gadamer), que se dá no movimento da circularidade da autocompreensão no interior da espiral hermenêutica¹⁴⁴. Logo, quando o intérprete interpreta um texto estará no entremeio do *círculo hermenêutico* (Heidegger). Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico. É impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão.¹⁴⁵

Com base nessas considerações, vem bem a calhar a posição de Lenio Luiz Streck sobre a Constituição, como sendo:

“Um espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a sociedade (Ribas Vieira) (...). Constituição significa constituir alguma coisa; é fazer um pacto, um contrato, no qual toda a sociedade é co-produtora. Desse modo, violar a Constituição ou deixar de cumpri-la é descumprir essa constituição do contrato social.”¹⁴⁶

Assim, a Constituição é explicitação do contrato social. A partir disso, a Constituição passa a ser, obrigatoriamente, em toda a sua substancialidade (principiológica), o lugar cimeiro, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico.

Não se consegue imaginar uma interpretação somente gramatical ou teleológica, ou até mesmo histórica. Todas essas circunstâncias se mostram presentes naquilo que Heidegger denominou círculo hermenêutico. Por isso, no momento da aplicação, toda a historicidade e temporalidade exercem influência. Afinal, toda interpretação sempre será gramatical (porque, à evidência, deve partir de um texto jurídico); será inexoravelmente teleológica (seria viável pensar em uma interpretação que não fosse voltada à finalidade da lei, com a conseqüente violação ao art. 4^a da LICC?); será, obrigatoriamente, sistemática (porque é impossível conceber que um texto normativo represente a si mesmo, sem se relacionar com o todo); e assim por diante.

144. Sobre o problema hermenêutico da aplicação, consultar: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, cit., p. 406 e ss.

145. Sobre a linguagem como meio de acesso ao mundo e a seus objetos, ou seja, desse novo paradigma hermenêutico, consultar: STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit., p. 145-214.

146. *Idem*, *ibidem*, p. 224.

Os princípios constitucionais, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime e a ordem jurídica. Não são os princípios apenas lei, mas o Direito em toda sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. Com isso, não se pode perder de vista que a violação de um princípio (constitucional) implica reconhecer violação mais grave do que a simples inobservância de uma regra jurídica.

A Constituição fica, assim, violada a partir da violação de sua principiologia. Sendo o texto constitucional, em seu todo, dirigente e vinculante, é imprescindível ter em conta o fato de que todas as normas (textos) infraconstitucionais, para terem validade, devem passar por uma verdadeira filtragem hermenêutico-constitucional.

O juiz, ou o operador do Direito, somente está sujeito à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com o conteúdo material da Constituição – viés garantista. Como afirma Luigi Ferrajoli:

“Em uma perspectiva garantista do Direito, todos os direitos fundamentais – e não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção estatal daquele – equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito.”¹⁴⁷

Feita essa observação, é possível afirmar, com segurança, que não há um Direito Penal autônomo. O Direito Penal deve ser sempre Direito Penal compreendido a partir da Constituição e somente será válido se estiver filtrado/compreendido a partir de uma adequada análise à luz do fundamento de validade que é a Constituição, sob pena de incorrer-se em outro

147. FERRAJOLI, Luigi, O direito como um sistema de garantias, cit., p. 97.

problema, já visto anteriormente, que é equiparação da (mera) vigência com a validade.

Por outro lado, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade. Veja-se nesse sentido a importante decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, que aplicou a cláusula de proibição de retrocesso social, inerente ao Estado Democrático e Social de Direito: a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. (Acórdão n. 39/84 do Tribunal Constitucional da República Portuguesa).

Tem-se que, cada vez mais, buscar a força normativa da Constituição e sua principiologia. Essa deve ser a tarefa. Como quer Konrad Hesse:

“Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.”¹⁴⁸

148. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

É com a filtragem hermenêutico-constitucional do Direito Penal (as leis), levando-se em consideração o viés garantista sobre a validade da lei, informada pela compreensão hermenêutica da própria Constituição, que se vislumbra a possibilidade de uma interpretação do Direito Penal vinculada ao horizonte de sentido proporcionado pela Constituição e sua principiologia.

Portanto, a hermenêutica, pois, deve ser (re)vista como condição de possibilidade rumo à efetividade dos direitos fundamentais no Brasil e da realização dos objetivos da República, na parcela que cabe ao Direito Penal (por isso, o Direito Penal é o braço armado da Constituição para a implementação das promessas da modernidade).

7. FILTRAGEM HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAL

A filtragem constitucional permite a releitura da práxis do operador jurídico, de modo a orientá-lo para um sentido de realização dos princípios e objetivos da Constituição. Segundo Paulo Ricardo Schier:

“A atual produção teórica do Direito Constitucional tem imposto uma compreensão da Constituição a partir da sua normatividade superior e, igualmente, através da perspectiva sistemática. Da conjugação dessas duas realidades – força normativa da Constituição e sistema constitucional – emergem possibilidades potencializadoras da uma práxis constitucional. Dessa idéia de preeminência normativa da Constituição, e em um segundo momento projetada para o Direito Constitucional enquanto realidade sistemática, pode-se pensar a categoria da filtragem constitucional.”¹⁴⁹

149. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 101-104. O autor utiliza a expressão em virtude de que ela denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura a atualização de suas normas (idem, nota n. 5).

A idéia de preeminência normativa da Constituição prescinde de uma concepção da realidade constitucional enquanto sistema aberto de regras, valores e princípios. Esse sistema aberto necessariamente deve projetar a preeminência normativa da Constituição, para uma específica concepção sistêmica que, na visão de Paulo Ricardo Schier, seria a da Constituição enquanto sistema aberto de regras e princípios, que permitirá pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa, em diálogo com as realidades social, política e econômica¹⁵⁰. Portanto, a projeção da preeminência normativa da Constituição para a realidade normativa sistemática e aberta de regras, valores e princípios se designa filtragem constitucional.

A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado aqui como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos, sob uma ótica constitucional.

7.1 O controle concentrado e difuso de constitucionalidade

Se a Constituição é considerada o fundamento de validade do sistema jurídico e as normas infraconstitucionais devem guardar pertinência formal e, principalmente, material, necessário o estabelecimento de mecanismos de obediência. Daí surge o controle da constitucionalidade das normas. Significa, assim, a possibilidade do controle dos atos normativos expedidos pelo Estado, compreendendo as suas diversificadas funções (Executiva, Legislativa e Judiciária), na busca incessante da concretização e respeito à Constituição.

150. SCHIER, Paulo Ricardo, *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*, cit., p. 106.

No que se refere ao controle difuso de constitucionalidade, a influência norte-americana, como já visto anteriormente, nesta seara é essencial, a partir do papel de John Marshall que, interpretando a Constituição Federal norte-americana de 1787, fixou aquilo que foi chamado, precisamente, de a supremacia da Constituição, e impôs, por outro lado, o poder e o dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição.

No controle difuso, todos os órgãos do Poder Judiciário congregam competência para efetuar o controle constitucional incidental, isto é, dentro do processo em que a legislação é invocada¹⁵¹. Já no controle concentrado, um único órgão do Poder Judiciário possui a competência exclusiva de analisar a constitucionalidade dos atos legislativos infraconstitucionais.

Importa trazer para essas reflexões a lição de Mauro Cappelletti da seguinte forma:

“A função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento; uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente; tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios *lex superior derogat legi inferiori*, *lex specialis derogat legi generali*, etc.; mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério *lex superior derogat legi inferiori* – quando o contraste seja entre disposição de diversa força normativa: a

151. Indica Alexandre de Moraes que: “O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação.” (MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, cit., p. 566).

norma constitucional, quando a Constituição seja ‘rígida’ e não ‘flexível’, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante. Logo, conclui-se que qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso concreto em que seja ‘relevante’ uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda.”¹⁵²

Percebe-se, desta forma, que o raciocínio é singelo, decorrendo do cotejo da Constituição com as normas inferiores, declarando-se a inconstitucionalidade destas, caso ocorrente. A análise de tal violação, contudo, é feita no caso concreto e com efeitos exclusivos a este, sem vinculação para o futuro.

De outra face, o controle *concentrado*, em um viés kelseniano, estabelece a competência de um único órgão capaz de efetuar o controle de constitucionalidade.

Nesse controle, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, além da ação declaratória de constitucionalidade.

“Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.”¹⁵³

152. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade de leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 75-76.

153. MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, cit., p. 581.

7.2 Nulidade parcial sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição

Passemos agora a um breve estudo da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou, se quiser, inconstitucionalidade sem redução de texto, técnica derivada do direito alemão (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*) que, aliás, o Supremo Tribunal já vem adotando em nosso direito, e a interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*).

Muito embora a confusão que se possa fazer entre a declaração de nulidade sem redução de texto com a interpretação conforme a Constituição, deve ficar claro, com Gilmar Ferreira Mendes, que:

“Ainda que não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto, na interpretação conforme a Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle)* do *programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal.”¹⁵⁴

Importante é a lição trazida por Paulo Ricardo Schier:

“Consiste, a interpretação conforme a Constituição, segundo Jorge Miranda, não propriamente uma regra de interpretação, mas um método de fiscalização da constitucionalidade. Através dela afirma-se que, diante de múltiplas interpretações possíveis de um preceito infraconstitucional, deve-se optar por aquela que seja

154. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 275.

mais conforme a Constituição, aquela que atribua maior eficácia aos valores constitucionais, afastando as interpretações inconstitucionais.”¹⁵⁵

Portanto, pela interpretação conforme a Constituição, uma lei não deve ser declarada nula quando ela for passível de uma interpretação que a coloque em plena sintonia com o conjunto normativo constitucional.

Com relação à nulidade parcial, Gilmar Ferreira Mendes diz que:

“Assim, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o tribunal da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto* que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica expressa na parte dispositiva da decisão.”¹⁵⁶

Advirta-se que, em sede de controle difuso, a ser feito pelo juiz singular ou pelo órgão fracionário do Tribunal, a fórmula dirá respeito àquele determinado delito (caso concreto) que está *sub judice*. Não se pode olvidar que a técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (do mesmo modo que a interpretação conforme a Constituição) objetiva salvar o texto da lei, apenas com uma nova interpretação.

Desse modo, em tais circunstâncias, ao se aplicar a técnica da nulidade parcial sem redução de texto, o dispositivo permanece vigente, sendo sua interpretação condicionada a uma releitura constitucional. Tal possibilidade está prevista na Lei n. 9.868/99¹⁵⁷, onde o legislador reconhece, explicitamente, a possibilidade de o Poder Judiciário aplicar corrigendas aos textos legais aprovados pelo parlamento.

155. SCHIER, Paulo Ricardo, *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*, cit., p. 132-133.

156. MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional*, cit., p. 275.

157. STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit., em especial Capítulo 11.

Mas, poderia alguém objetar, se ela, a lei, permanece inteiramente vigente no sistema, o que autoriza o Poder Judiciário a não aplicar essa lei? Somente uma resposta, *in casu*, é possível: é porque parte dela – isto é, algumas de suas incidências – é inconstitucional.

Conseqüentemente, em sede de tribunal de segundo grau, bastará que se aplique a técnica, sem qualquer necessidade de suscitação do respectivo incidente de inconstitucionalidade.¹⁵⁸

Já em sede de julgamento em primeiro grau, bastará que o juiz faça a aplicação da técnica nos moldes aqui preconizados, uma vez que o controle difuso de constitucionalidade concede essa prerrogativa ao magistrado. Com efeito, com Lenio Luiz Streck, é de se entender que não há qualquer óbice constitucional que impeça juízes e tribunais de aplicarem a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto. Entender o contrário seria admitir que juízes e tribunais (que não o STF) estivessem obrigados a declarar inconstitucionais dispositivos que pudessem, no mínimo em parte, ser salvaguardados no sistema, mediante a aplicação das citadas técnicas de controle.

A Lei n. 9.868, no parágrafo único do artigo 28, ao estabelecer o efeito vinculante às decisões decorrentes do controle abstrato de constitucionalidade, equiparou a declaração de inconstitucionalidade *stricto sensu* à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, e até mesmo à interpretação conforme a Constituição.

No caso específico, qualquer tribunal pode, além de declarar a inconstitucionalidade de uma lei – em sede de acolhimento total ou parcial quantitativa –, entender, por exemplo, que esta é somente parcialmente inconstitucional, permanecendo o dispositivo em sua literalidade. Ou

158. Sobre a desnecessidade de suscitação de incidente de inconstitucionalidade nos casos de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, consultar: STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit., Capítulo 11.

seja, assim como o controle de constitucionalidade não é prerrogativa do Supremo Tribunal, os seus diversos mecanismos – incluídos aí a interpretação conforme e a nulidade parcial – também não o são. Por que um juiz de direito – que, desde a Constituição de 1891 sempre esteve autorizado a deixar de aplicar uma lei na íntegra por entendê-la inconstitucional – não pode, também hoje, em pleno Estado Democrático de Direito, aplicá-la tão-somente em parte?

A possibilidade de os tribunais, e até mesmo o juiz singular, fazer uso dos citados mecanismos fundamenta-se no controle difuso de constitucionalidade. Impedir esse uso pelos juízes e tribunais inferiores seria restringir a própria modalidade de controle difuso – seria uma espécie de meio controle.

Gilmar Ferreira Mendes mostra que, quando pela interpretação conforme se fixa uma dada interpretação, o Tribunal não declara – nem poderia fazê-lo – a inconstitucionalidade de todas as possíveis interpretações de certo texto normativo. No âmbito da interpretação conforme, a norma não é declarada inconstitucional, e sim constitucional, sendo que ela continuará, após a declaração, a carecer interpretação em suas outras aplicações, e os tribunais ordinários, que também são competentes para a aplicação do Direito, podem desenvolver outras interpretações em conformidade com a Constituição.¹⁵⁹

Em se tratando de decisão de acolhimento parcial qualitativa, isto é, quando uma das incidências (preceito ideal) é abduzida do texto, permanecendo, portanto, o texto em sua integralidade, o raciocínio deve ser o mesmo. Desse modo, a solução está justamente na diferença entre o que seja inconstitucionalidade parcial qualitativa e inconstitucionalidade parcial quantitativa. Com efeito, enquanto na primeira o texto permanece intacto no sistema, na segunda ocorre a expunção formal de uma parte do dispositivo ou da lei.

159. MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional*, cit., p. 228 e 275.

Assim, não é o fato de a nulidade parcial sem redução de texto ser uma técnica de controle de constitucionalidade que terá o condão de obrigar a suscitação do incidente de inconstitucionalidade, até porque a interpretação conforme também é um mecanismo de controle e não se há de falar em suscitação incidente para tal. *Na verdade, a característica de sentenças interpretativas é que torna dispensável o incidente.* Apenas um dos sentidos da lei (portanto, repita-se, o texto permanece) é que afrontará a Constituição. O texto, do mesmo modo como ocorre com a interpretação conforme a Constituição, foi otimizado. Em síntese, *a suscitação do incidente somente tem fundamento quando um texto é expungido do sistema.*

Com a aplicação dessas técnicas, poder-se-ia pensar: estar-se-á, assim, retirando do legislador a atribuição constitucional referente à produção legislativa? Muito embora, em tese, haja razões de sobra para essa desconfiança com o Judiciário, há que se entender que a jurisdição constitucional apresenta sempre esse risco, até mesmo quando os juízes (controle difuso) ou o Supremo Tribunal Federal (controle concentrado) atua como legislador negativo.

Essa preocupação é pertinente. Entretanto, há que se ter otimismo. Os mecanismos da interpretação conforme a Constituição e da nulidade parcial sem redução de texto já estão incorporados na tradição do Estado Democrático de Direito (e até mesmo na legislação brasileira – Lei n. 9.868). Em sendo a Constituição remédio contra maiorias, há momentos em que – e a história do constitucionalismo é pródigo em exemplos – a Justiça Constitucional (difusa ou concentradamente) tem a tarefa de corrigir as distorções operadas por leis que desbordam da Constituição. Aliás, o garantismo de Luigi Ferrajoli, analisado anteriormente, aponta exatamente nessa direção, a partir da distinção entre vigência e validade.

Depois de analisados alguns dos principais fundamentos que servem de condições de possibilidade para uma filtragem hermenêutico-constitucional do Direito Penal brasileiro, cumpre agora trazer, a título exemplificativo, a utilização desses fundamentos. É o que será demonstrado a seguir.

7.3 Artigo 2º, parágrafo único da Lei n. 10.259/01 e (su)a nulidade parcial sem redução de texto

Considerando-se o que até aqui foi exposto, é constitucional estabelecer como critério de aferição do que seja menor ou maior potencial ofensivo o montante da pena mínima de um ano na Lei n. 9.099 e máxima de 2 anos, na Lei n. 10.259? O legislador pode estabelecer, sem limitações no que concerne à teoria do bem jurídico, o que seja delito de menor potencial ofensivo? Afinal, os princípios constitucionais vinculam ou não vinculam o legislador ordinário?

“De pronto, da simples leitura dos dispositivos previstos nas Leis ns. 9.099 (art. 61) e 10.259 (art. 2º, parágrafo único) exsurge, perigosamente, o aniquilamento da teoria do bem jurídico, uma vez que, ao estabelecer como *tabula rasa* que são passíveis de transação penal – porque incluídos fictamente no rol de infrações de menor potencial ofensivo – todos os crimes a que lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos –, o legislador tratou isonomicamente bens jurídicos absolutamente discrepantes entre si, como o patrimônio individual, o patrimônio público, o patrimônio social (direitos de segunda geração), o meio ambiente (direitos de terceira geração), a moralidade pública, a honra etc.”¹⁶⁰

O manejo do Direito Penal fica, portanto, subordinado – como não poderia deixar de ser – à materialidade da Constituição, como visto anteriormente. Foi abordado também que as baterias do Direito Penal no

160. Todas as normas da Constituição têm *eficácia*, e as assim denominadas normas “programáticas”, como as que estabelecem a busca da igualdade (redução da pobreza, proteção da dignidade etc.), com também sua carga principiológica, *comandam a atividade do legislador*, buscando alcançar o objetivo do constituinte. Esse comando (ordem de legislar) traz implícita - por exemplo, no campo do Direito Penal – a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas. (STRECK, Lenio Luiz. *Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional*: a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto. Disponível em: <<http://www.ihj.org.br>>. Acesso em: 10 jun. 2003).

Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferentemente para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado e aqueles que protegem os direitos fundamentais (honra, por exemplo, que é cláusula constitucional pétrea) e os delitos que protegem bens jurídicos inerentes ao exercício da autoridade do Estado (desobediência, desacato), além da proteção da dignidade da pessoa, como os crimes de abuso de autoridade, sem falar nos bens jurídicos de índole transindividual, como os delitos praticados contra o meio ambiente, as relações de consumo etc.

Em face disto, respeitando sobretudo opiniões em contrário, há que se entender que a nova Lei n. 10.259/2001 não pode abranger a totalidade dos delitos cujas penas máximas sejam de dois anos.

O Direito Penal sustenta-se justamente na diversidade dos bens jurídicos que os tipos penais protegem. Assim, torna-se quase que despiciendo registrar que não pode uma lei equiparar ou isonomizar delitos como abuso de autoridade, a sonegação de tributos e crimes contra o meio-ambiente com os crimes de esbulho possessório, rixa e ofensa à moral e aos bons costumes, os primeiros nitidamente crimes graves, que violam e causam múltiplas lesões a bens jurídicos que vão desde a dignidade humana até os difusos e coletivos, e os segundos, restritos que são ao patrimônio (meramente) individual e comportamental. Benefícios como o da transação penal não podem ser concedidos, dentro de um mesmo conjunto de condutas, para bens que expressam um interesse público de alta significação social, da mesma forma que se estende para outros de natureza meramente individual.

A materialidade constitucional guarda relação intrínseca com a modalização do bem jurídico-penal¹⁶¹. Logo, é a partir dessa intrincada

161. Infrações como abuso de autoridade guardam relação com o direito de liberdade, da integridade físico-intelectual e da dignidade da pessoa; o delito de desacato guarda direta relação com a preservação do princípio da eficiência e da própria noção de interdito consubstanciado na noção de Estado, enquanto produto de uma opção entre civilização e barbárie; na mesma linha, estão

principiologia, norteadora da valorização e mensuração da teoria do bem jurídico, que se deve estabelecer as condições de possibilidade para o aferimento da noção de infrações de menor (ou maior) potencial ofensivo. Foi abordado também, a partir de virada lingüística, que a lei não tem um sentido em-si-mesmo. Tampouco traz ínsito um sentido que possa ser desacoplado pelo intérprete. Há, pois, uma atribuição de sentido, que se dá no contexto de uma situação hermenêutica, a partir da pré-compreensão do intérprete.

Em face do exposto, necessária, na aplicação do parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 10.259, a declaração da nulidade parcial do aludido dispositivo sem redução de texto, afastando-se a sua incidência nas hipóteses de infrações penais que, efetivamente, não podem ser classificadas como de menor potencial ofensivo.¹⁶²

De todo modo, como se trata de aplicar a técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, pela qual retira-se a incidência do parágrafo único do artigo 2º em alguns tipos penais, é possível deixar assentado, desde já e com razoável margem de segurança, um rol inicial de delitos que jamais poderiam ter sido epitetados como “de menor potencial ofensivo”. Ou seja, a pergunta que cabe é: a transgressão a um delito que está umbilicalmente ligado a um bem jurídico protegido pela Constituição pode ser classificado como de menor potencial ofensivo? Se a resposta for negativa, se está diante de uma indevida inclusão no rol estabelecido pela Lei n. 10.259/2001.

os demais delitos contra a administração da Justiça, como o da desobediência; em alguns casos, a relação bem jurídico-Estado Social e Democrático de Direito aparece com mais nitidez, como é o caso dos crimes de sonegação de tributos; em outros, a moralidade administrativa assume foros de imperiosa tipificação, como é o caso da corrupção e da lavagem de dinheiro; finalmente, no que tange aos crimes contra o meio ambiente, parece absolutamente relevante chamar a atenção para o vínculo teleológico entre os objetivos do Estado Democrático de Direito e a preservação dos direitos transindividuais.

162. STRECK, Lenio Luiz, *Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional...*, cit. À toda evidência, a tarefa de especificar o elenco de delitos que devem ser excluídos não é nada fácil. Se de um lado há um leque de infrações que, nitidamente, devem ser excluídas do rol dos crimes que tenham menor potencial ofensivo, há outro conjunto de infrações que ficam em uma zona cinzenta.

Com isso, não são de menor potencial ofensivo as seguintes infrações penais, que podem ser classificadas em dois grupos, e com isso, apenas a título de esboço, aponta-se brevemente o posicionamento de Lenio Luiz Streck a respeito da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto sobre algumas incidências do parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 10.259/2001:

Primeiro grupo: infrações previstas no Código Penal e em leis especiais sem previsão de procedimento especial:

“EXPOSIÇÃO OU ABANDONO DE RECÉM-NASCIDO (art. 134) e SUBTRAÇÃO DE INCAPAZES (art. 249): a inserção destes crimes no rol de infrações de menor ofensivo viola explicitamente os artigos 1º, III, e 227 da CF; a criança e o adolescente recebem especial tratamento constitucional, não podendo o legislador, de forma ficta, retirar a gravidade da ofensividade de tais infrações, existentes no sistema para proteger esses relevantes bens jurídicos; VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO, cometido durante a noite ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma ou por duas ou mais pessoas (art. 150, § 1º): não há liberdade de conformação do legislador para transformar esse crime em ‘quase bagatela’, pela simples razão de que a casa é o asilo inviolável do cidadão, cláusula pétrea constitucional. Não se pode olvidar que há uma contradição em si mesma nessa ‘inclusão’ no rol das infrações de menor potencial ofensivo, traduzido pelo próprio tipo penal: um crime cometido com emprego de violência ou de arma... Logo, há que se indagar: onde está a ‘lesividade *light*’ desse crime?; FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO POR LEI TRABALHISTA (art. 203), cuja pena de 1 a 2 anos foi estabelecida recentemente pela Lei n. 9.777/98: a toda evidência, trata-se de bem jurídico visceralmente ligado ao capítulo dos direitos sociais previstos na Constituição Federal. Não parece razoável supor que a violação de um direito trabalhista assegurado por lei (leia-se, fundamentalmente, a Constituição da República) possa vir a ser

considerado como infração de baixa lesividade (*soft crime*); ATENTADO AO PUDOR MEDIANTE FRAUDE (art. 216): a inclusão deste crime no rol dos que têm menor (ou baixo) potencial ofensivo aponta para a flagrante violação do princípio da dignidade humana e da liberdade sexual. Nem de longe é razoável supor que o legislador tenha liberdade de conformação para ‘transformar’ um delito dessa jaez em um crime passível de transação penal; DESACATO (art. 331), DESOBEDIÊNCIA (art. 359) e FRAUDE PROCESSUAL (art. 347): a inclusão destes crimes no rol de infrações ‘protobagatelares’ representa confronto com o princípio da eficiência do Estado (art. 37, *caput*, da CF), sem mencionar a função do Estado e do Direito enquanto interditos. Parece arrematada ficção (ou irresponsabilidade legislativa) ‘fazer pouco caso’ de delitos que objetivam proteger bens jurídicos que dizem respeito ao exercício da autoridade pelo Estado soberano, que deve zelar pela eficiência da administração *lato sensu* e pela probidade administrativa. Numa palavra: admitir que uma fraude processual tenha ‘menor potencial ofensivo’ é colocar uma pá-de-cal na teoria do bem jurídico!; *CRIMES CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA* (art. 2º da Lei n. 8.137): sua inclusão no rol de infrações de menor potencial ofensivo ofende frontalmente o artigo 3º, I, III, 4º, II, da CF, normas-programa que apontam para a construção de um Estado Social, representado por uma sociedade justa e igualitária, com a obrigação da erradicação das desigualdades sociais, pelas quais, à toda evidência, crimes como sonegação de impostos não podem ser equiparados – e nem receber o mesmo *favor legis* – a crimes como esbulho, dano ou qualquer contravenção penal etc. (aqui, a violação é do art. 5º, *caput*), além da violação dos princípios constitucionais como da proporcionalidade e da razoabilidade (a Lei n. 10.259 representa um desvio de finalidade em relação à Lei n. 8.137); além de que é absolutamente despropositado a Constituição apontar para a realização de um Estado Social, onde está ínsita a tese de que o recolhimento de impostos é um caminho privilegiado da efetivação de direitos sociais (saúde, educação etc); há, sem dúvida, um dever

fundamental de pagar impostos e, ao mesmo tempo, uma lei ordinária (des)classificar o crime de sonegação de tributos para a classe de infrações de ‘menor potencial ofensivo’, *a ponto de considerá-lo menos ofensivo que o crime de furto simples*. A violação da Constituição é, mais do que visceral, escandalosa; CRIMES AMBIENTAIS (art. 45 da Lei n. 9.605): esta espécie de tipo penal protege bens jurídicos de terceira geração, albergados no artigo 225 da CF; a aceitar a tese do legislador, é mais grave – isto é, bem mais grave – ‘passar’ um cheque sem fundos do que incendiar uma floresta. Trata-se de flagrante violação de bens jurídicos de índole transindividual; CRIMES COMETIDOS CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE (arts. 228, 229, 230, 232, 234, 235, 236, 242, 243 e 244 da Lei n. 8.069): a inserção destes crimes no rol de infrações de menor ofensivo viola explicitamente os artigos 1º, III e 227 da CF. Uma simples leitura do rol de crimes previstos no ECA e, agora, reunidos sob a nomenclatura de ‘menor potencial ofensivo’, demonstra o pragmatismo inconseqüente do legislador. Com efeito, como convencer o homem de *la calle*, que o ato de ministrar ou entregar a uma criança produtos que causem dependência física (como substâncias tóxicas), seja um *soft crime*? E o ato de privar a criança ou o adolescente de sua liberdade? É ato a ser considerado de baixa lesividade, a ponto de a punição ser ‘barganhada’? Não se ignora, aqui, a importância da subsidiariedade. Entretanto, e isto vale para todos os delitos aqui delineados, é exatamente o limite da subsidiariedade que deve ser questionado; CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA (art.10, *caput*, e § 1º, incs. I, II e III, da Lei n. 10.437): a inclusão é indevida, por duas razões: primeiro, porque sua inclusão no rol de crimes ‘quase insignificantes’ representa ato para o qual o legislador não tem liberdade de conformação, por se tratar de conduta criminal que viola um bem jurídico coletivo, na medida em que o uso de arma sem autorização, em hipóteses que não violem a presunção da inocência, acarretam perigo a terceiros, bastando para tanto examinar as estatísticas acerca da criminalidade; controlar o uso de armas é obrigação do Estado, a partir de uma

espécie de antecipação de tutela penal; segundo, porque, em tendo sido alteradas as penas para o porte ilegal de arma, catapultando-o da categoria de contravenção para a categoria de crime, parece evidente que não mais se discute o grau de potencialidade desse tipo de infração. E não pode ser uma penada legislativa que vá ter o condão de ‘arrefecer’ a lesividade da referida infração penal (...).”¹⁶³

Segundo grupo: infrações a que a lei prevê procedimento especial:

“CALÚNIA (art. 138), DIFAMAÇÃO (art. 139) e INJÚRIA (art. 140), porque os crimes contra a honra, assim como outras infrações (abuso de autoridade etc) devem ser analisados a partir de duas questões, que impedem sua inclusão no rol dos Juizados Especiais Criminais. Ou seja, não fosse a impossibilidade de inclusão de determinados tipos de infrações pelas razões já apontadas, há outro obstáculo que impede a competência dos JECs. Assim, especificamente com relação aos crimes contra a honra, sua inclusão no elenco de delitos de menor potencial ofensivo viola cláusula pétrea constitucional, conforme previsão no artigo 5º, X da Constituição. Fazendo um raciocínio bem simples, é possível dizer que, se a Constituição estabelece a honra como cláusula pétrea, não é possível admitir que o legislador tenha liberdade de conformação para transformar os crimes cometidos contra a honra em infrações de menor potencial ofensivo. A se admitir tal liberdade, admitir-se-á também a própria descriminalização dos crimes contra a honra; CRIMES OCORRIDOS NAS LICITAÇÕES (arts. 93, 97 e 98 da Lei n. 8.666), porque sua capitulação como de menor potencial ofensivo viola o princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput* da CF); parece óbvio que não há qualquer proporcionalidade entre o ato de considerar como de menor potencial ofensivo as infrações que colocam em xeque a lisura do processo de gastos e

163. STRECK, Lenio Luiz, *Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional...*, cit.

despesas públicas, que movimenta bilhões de reais a todo ano, que são os crimes decorrentes de fraude em licitações, e o ato de, *a contrario sensu*, considerar como de maior potencial ofensivo o ato de receptor um simples botijão de gás... Fraudar licitações passou a ser *soft crime*; enquanto isto, o furto continua sendo um *hard crime*!!!; CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE, porque sua inserção no elenco das infrações de menor potencial ofensivo é escandalosamente inconstitucional, uma vez que se trata de um delito que tem como bem jurídico fundante a dignidade da pessoa, sua integridade física, não possuindo o legislador qualquer liberdade de conformação para incluir este delito no rol daqueles que podem ser transacionados... Nesse sentido, imagine-se o paradoxo decorrente de uma transação penal envolvendo um ato de abuso de autoridade, cambiável por um módico pagamento de R\$ 120,00 (prestação social alternativa)... Por derradeiro, releva registrar que *o elenco acima especificado não esgota a matéria*. Trata-se, apenas, de delinear as bases de uma discussão acerca de um rol de infrações que, com uma margem mínima de incerteza, deve ser excluído da classificação de ‘menor potencialidade ofensiva’.’¹⁶⁴

7.4 Artigo 155, parágrafo 4º, IV do Código Penal e (su)a interpretação conforme a Constituição

Não é possível aceitar que setores da dogmática jurídica ainda admitem que o simples fato de um furto qualificado por concurso de pessoas tenha o condão de duplicar a pena desse delito, enquanto que se o roubo for praticado por duas ou mais pessoas, a pena aumenta de 1/3 até a metade. Aqui resume-se brevemente parecer da lavra de Lenio Luiz Streck, acatado pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do

164. STRECK, Lenio Luiz, *Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional...*, cit.

Sul, decidindo que a duplicação da pena na hipótese de concurso de pessoas no crime de furto fere os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia. Para tanto, o mecanismo da interpretação conforme a Constituição foi fundamental.

“Neste caso, uma questão de extrema relevância jurídica deve ser posta à tona. Trata-se da flagrante violação do princípio da proporcionalidade representada pela duplicação da pena na hipótese de concurso de pessoas no crime de furto. Entendemos que fere a Constituição – entendida em sua principiologia (materialidade) – a previsão legal do Código Penal que determina a duplicação da pena toda vez que o furto for cometido por duas ou mais pessoas, o que, aliás, acarreta um paradoxo no nosso sistema penal. Entre tantas distorções que existem no Código Penal (e leis esparsas), este é um ponto que tem sido deixado de lado nas discussões daquilo que hoje denominamos de necessária constitucionalização do Direito Penal. Com efeito, esse paradoxo decorre do fato de que, enquanto no furto a qualificadora do concurso de pessoas tem o condão de duplicar a pena, no roubo a majorante (causa de aumento de pena), neste caso de concurso de agentes, é de apenas 1/3, podendo ir ao máximo até a metade. Atentemo-nos para a discrepância: tanto no furto como no roubo, o concurso de agentes qualifica; no primeiro, a pena dobra; no segundo, a pena fica acrescida de 1/3. Ora, no furto a presença de mais de uma pessoa não coloca em risco a integridade física da vítima, e, sim facilita o agir subtraente; já no roubo, a presença de mais pessoas coloca em risco sobremodo a integridade física da vítima. Não obstante a isto, o Código Penal valoriza mais a coisa (propriedade privada) que a vida/integridade física. Por isto, é necessário fazer uma (re)leitura constitucional do tipo penal do furto qualificado (por concurso de agentes) à luz do princípio da proporcionalidade, que é insito e imanente à Constituição Federal. Para tanto, mediante uma interpretação conforme a Constituição, e levando em conta o princípio da isonomia constitucional, há que se redefinir a norma do artigo 155, parágrafo 4º,

inciso IV do Código Penal. [observação necessária: Lenio Luiz Streck, que utiliza a doutrina de Friedrich Muller, Eros Roberto Grau e H. G. Gadamer, entende que a *norma* é sempre o resultado da interpretação de um texto jurídico]. Não se está a propor aqui – e até seria despidendo alertar para este fato – que o Judiciário venha a legislar, modificando o teor dispositivo do Código Penal que estabelece a duplicação da pena nos casos de furto qualificado por concurso de pessoas. Na verdade, trata-se, nada mais nada menos, do que elaborar uma releitura da lei sob os parâmetros da devida proporcionalidade prevista na Constituição Federal. O mecanismo apto para tal é o da interpretação conforme a Constituição, que se originou da Alemanha, que vem sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal já há mais de 10 anos. Ou seja, o texto da Lei (CP) permanece com sua literalidade; entretanto, a norma, fruto da interpretação, é que exsurdirá redefinida em conformidade com a Constituição. Desse modo, analogicamente, o aumento de pena decorrente do concurso de pessoas (circunstância especial de aumento de pena) do roubo (art.157, § 2º, inc. II), que é de 1/3 até a metade, torna-se aplicável ao furto qualificado por concurso de agentes. E não se diga que o concurso de pessoas nas duas hipóteses não tem a mesma natureza jurídica. O que muda é tão-somente a denominação: no caso do furto, o concurso de pessoas é chamado de qualificadora; no caso do roubo, a participação de duas ou mais pessoas é chamada de causa de aumento de pena (...). Não se olvide que, a uma, ambos os tipos penais pretensamente protegem o mesmo bem jurídico (o patrimônio) e, a duas, muito embora o roubo seja um crime bem mais grave, paradoxalmente o nosso sistema alça a participação de mais de uma pessoa à condição de qualificadora como uma majoração de pena bem menor. De maneira bem mais simples, pode-se dizer que, para o “legislador” brasileiro, cometer um furto mediante participação de mais de uma pessoa é circunstância mais gravosa do que cometer um roubo em circunstâncias semelhantes! E parece óbvio que o moderno Direito Penal e o contemporâneo Direito Constitucional não podem compactuar com tais anomalias. Desnecessário referir que uma

norma tem dois âmbitos: vigência e validade (Ferrajoli). Pode ela ser vigente e não ser válida. No caso dos autos, o dispositivo legal (texto) em questão, que estabelece a duplicação da pena, é vigente; entretanto, sua validade deve ser aferida na confrontação com o princípio da proporcionalidade e o da isonomia. Dito de outro modo, no caso sob exame, a teoria garantista de Ferrajoli pode oferecer um importante e fundamental contributo para o deslinde da controvérsia. Com efeito, em tendo os textos jurídicos sempre dois âmbitos – vigência e validade, uma norma somente será válida se seu conteúdo estiver em conformidade com a Constituição, entendida em sua materialidade e substancialidade. Ora, o legislador (ordinário) não é livre para estabelecer leis e tipos penais. O grande problema é que, mesmo com o advento de uma nova Constituição, milhares de leis continuam em vigor no sistema. Isto ocorre porque, de forma positivista, o jurista tradicional confunde vigência com validade. Por isto, as correntes críticas do Direito apontam para a necessária filtragem hermenêutico-constitucional do sistema jurídico, fazendo com que todo o ordenamento fique contaminado pelo ‘vírus’ constitucional. Enquanto o poder encarregado de fazer as leis não elaborar as necessárias readaptações legislativas, cabe ao Poder Judiciário, em sua função integradora e transformadora, típica do Estado Democrático de Direito, efetuar as correções (adaptações) das leis, utilizando-se para tal dos modernos mecanismos hermenêuticos, como a interpretação conforme a Constituição, a nulidade parcial sem redução de texto. O texto da lei (art. 155, § 4º, IV do CP) continua vigente; sua validade, porém, é que vem conformada por uma interpretação constitucional, mediante o uso analógico – para os casos de furto qualificado por concurso de agentes – do percentual de acréscimo decorrente da majoração do concurso de pessoas no roubo. Além de obedecer ao princípio da isonomia, estar-se-á fazendo a readequação de norma ao princípio da proporcionalidade.”¹⁶⁵

165. Para conferir o parecer na íntegra, consultar: STRECK, Lenio Luiz. A filtragem hermenêutico-constitucional do Direito Penal: um acórdão garantista. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2000. p. 390-402. (Doutrina, n. 9).

Como contraponto às críticas que podem ser feitas a essa tese, pode-se dizer que a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul fez mais do que uma interpretação conforme a Constituição, construindo uma nova norma (texto). Lenio Luiz Streck assevera que:

“Não se desconhece o limite da interpretação conforme a Constituição. Entretanto, em face da prevalência do princípio da isonomia constitucional e da possibilidade de se fazer analogia *in bonam partem* no Direito Penal, não se afigura possível continuar a aplicar uma norma jurídica (texto) que, frontalmente, feria a devida proporcionalidade e razoabilidade que devem ter as interpretações.”¹⁶⁶

Nesse caso, o Tribunal teve que optar entre a continuidade na aplicação de um dispositivo vigente desde a década de 40 e o texto constitucional de 1988, que agasalha os aludidos princípios. Não resta dúvidas de que essa decisão, mais do que efetuar uma filtragem hermenêutico-constitucional, “fez um apelo ao legislador, para que, de *lege ferenda*, efetue as devidas correções no texto do Código Penal, cujo conteúdo, de há muito, demanda uma readequação aos princípios constitucionais”.

7.5 A aplicação garantista do artigo 34 da Lei n. 9.249/95, em comparação com o artigo 16 do Código Penal

O artigo 34 da Lei n. 9.249/95 trouxe evidentes benefícios aos sonegadores de impostos e de contribuições sociais, ao introduzir a possibilidade de o sonegador ficar isento do crime em caso de pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia criminal. Enquanto isso, ao cidadão comum não sonegador, em caso de crime contra o patrimônio em que não tenha restado prejuízo à vítima (restituição ou recuperação da *res*), há somente o benefício do desconto da pena (art. 16 do CP).

166. STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica, a lei e a justiça*: discussão dos obstáculos ao acontecer da Constituição. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001. p. 409. (Doutrina, n. 11).

Como contraponto, em decisão inédita nos Tribunais brasileiros, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, por maioria de votos, aplicou de forma garantista o artigo 34 da Lei n. 9.249 em um crime de furto.

No caso, um jovem foi preso em flagrante por ter furtado uma bicicleta. O fato ocorreu na cidade de Alvorada. O juiz de direito, Claudemir Missagia, extinguiu o processo, com base no artigo 5º da Constituição Federal e no artigo 34 da Lei n. 9.249. O Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito ao Tribunal de Alçada, buscando a reforma da decisão. A decisão ficou assim ementada:

“Recurso em sentido estrito. Extinção da punibilidade. Tentativa de furto. Decretada a extinção da punibilidade do réu com base no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988 e artigo 34 da Lei n. 9.249, de 26.12.1995, por analogia. Princípio da igualdade, insculpido no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal, corretamente aplicado na espécie.” (TARS – Proc. n. 296.026.750/Alvorada-RS, 2ª Câ. Crim., rel. Alfredo Foerster)¹⁶⁷

Em outra decisão, a mesma 2ª Câmara Criminal, desta vez por unanimidade, aplicou o artigo 34 da Lei n. 9.249 a um caso de estelionato, ficando o acórdão assim ementado:

“Estelionato. Ônus da prova. No estelionato, mesmo que básico, o pagamento do dano, antes do recebimento da denúncia, inibe a ação penal. O órgão acusador deve tomar todas as providências possíveis para espancar as dúvidas que explodam no debate judicial, pena de não vingar condenação (magistério de Afrânio Silva Jardim). Lição de Lenio Luiz Streck: os benefícios concedidos pela Lei Penal aos delinquentes tributários (Lei n. 9.249/95, art. 34)

167. STRECK, Lenio Luiz, *Tribunal do júri: símbolos & rituais*, cit., p. 59, vide nota 77.

alcançam os delitos patrimoniais em que não ocorra prejuízo nem violência, tudo em atenção ao princípio da isonomia. Recurso provido para absolver o apelante.” (TARS – 2ª Câm. Crim., v.u., rel. Juiz Amilton Bueno de Carvalho)¹⁶⁸

Não há dúvidas de que a aplicação da nulidade parcial sem redução de texto ao parágrafo 2º da Lei n. 10.259, bem como a (decisão) interpretação conforme a Constituição do artigo 155, parágrafo 4º, IV do Código Penal, e a aplicação garantista o artigo 34 da Lei n. 9.249/95 sofrerão pesadas e severas críticas, como sofreu o Tribunal Constitucional da Alemanha. Naquele país, em 1974 foi feita uma lei descriminalizando o aborto. O Tribunal Constitucional alemão, em 25 de fevereiro de 1975, declarou nula essa lei (*BVerfGE*). Comentando as críticas sofridas pelo Tribunal Constitucional alemão, Lenio Luiz Streck aduz:

“(...) *Observe-se, por outro lado, que o Tribunal Constitucional Federal e os Tribunais Constitucionais estaduais alemães, em casos de violação da Constituição por uma lei considerada tão grave que nem mesmo a continuação temporária da sua vigência pareceu possível, declararam nula a lei, estabelecendo, simultaneamente, eles próprios uma regulamentação transitória, para vigorar até a emissão de uma nova lei, conforme a Constituição, atuando, desse modo, como uma espécie de sucedâneo do legislador.*”¹⁶⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a implementação de um novo paradigma decorrente da Constituição de 1988 (a noção de Estado Democrático de Direito como conquista da civilização), vários tipos penais perderam sua validade, e outros que impedem os objetivos da República não podem ser tratados com benevolência pelo *establishment*. A partir dos fundamentos trazidos, há que se

168. STRECK, Lenio Luiz, *Tribunal do júri: símbolos & rituais*, cit., p. 59.

169. STRECK, Lenio Luiz, *A hermenêutica, a lei e a justiça...*, cit., p. 410.

construir uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (Peter Häberle), para se fazer uma resistência constitucional como um compromisso ético dos juristas, rumo a uma adequação do Direito Penal ao anseios constitucionais.

A Constituição é fruto do pacto originário. É a explicitação do contrato social. É a explicitação do contrato que separa a civilização da barbárie. E o Direito Penal também cumpre essa função de conservação desse pacto. Por isso, a Constituição é um remédio contra maiorias.

Nenhuma lei é imune a qualquer *sindicância* (Streck) constitucional, inclusive as que descriminalizam. E, nesse caso, os fundamentos expostos perfeitamente embasam essa sindicância constitucional na seara penal.

O Estado Democrático de Direito vai trazer as condições de possibilidade para essa filtragem hermenêutico-constitucional. Mas, para isso, há que se atentar para o novo modo de interpretar decorrente da virada lingüística. Precisa-se romper com o paradigma “liberal-individualista-normativista” e implementar o novo paradigma: Estado Democrático de Direito. Foi o que a pesquisa pretendeu, ao trazer fundamentos (condições de possibilidade) para uma (re)leitura do Direito Penal em conformidade como o novo, representado pela substancialidade constitucional.

O papel da nova jurisdição constitucional (novo constitucionalismo dirigente) e da sujeição do juiz à lei, na percepção garantista apresentada, confere mecanismos de resistência constitucional sobre o Direito Penal.

Como a Constituição estabelece a questão da vigência e da validade, todos os textos penais infraconstitucionais devem ser (re)lidos em conformidade com ela. Mas isso só é possível por meio da linguagem, da hermenêutica.

A nova filosofia da linguagem que superou as concepções metafísico-essencialistas do sentido em si mesmo, apontando para uma linguagem como abertura e acesso ao mundo, demonstrou que a lei não tem um

sentido em si mesma e que ele deve ser atribuído a partir de uma compreensão fundada na pré-compreensão, a partir de uma visão prévia, posição prévia e concepção prévia. Portanto, esse novo modo de interpretar mostra que para se fazer uma leitura constitucional do Direito Penal, é necessário se ter um sentido prévio da Constituição (tarefa de uma teoria geral da Constituição).

As possibilidades hermenêuticas apresentadas pretendem conferir a maior efetividade possível para a filtragem constitucional do Direito Penal. São instrumentos como a nulidade parcial sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição, que possibilitam essa filtragem no campo do controle difuso de constitucionalidade. Sem esses instrumentos eficazes de controle de constitucionalidade, o Estado Democrático de Direito não se concretiza. Essa concretização é um dos desafios do Direito Penal.

Para tanto, deve haver condições de possibilidade para esse processo de filtragem. Tais condições (novo constitucionalismo, Estado Democrático de Direito, Constituição dirigente, hermenêutica rumo à realização dos direitos fundamentais, garantismo etc.), que se denominou de fundamentos, significam uma pré-compreensão do novo modelo de Direito que possibilita compreender o Direito Penal como o braço armado da Constituição e, principalmente, vinculado à sua materialidade principiológica.

O Direito Penal, portanto, deve reencontrar seu caminho e adaptar-se à realidade constitucional de nosso país, apontando suas baterias para os delitos que colocam em xeque os objetivos do Estado Democrático de Direito, previstos na Constituição Federal.

Foi nessa linha que a pesquisa trouxe os fundamentos para uma filtragem hermenêutico-constitucional do Direito Penal brasileiro, para adaptá-lo aos ditames do novo modelo de Direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direito: Direito Penal mínimo para delitos que firam bens jurídicos de índole interindividual (sem violência contra a pessoa),

além da necessária descriminalização de condutas incompatíveis com esse novo modelo, reservando os rigores do Direito Penal para os delitos que colocam em xeque os valores que o Estado Democrático de Direito objetiva implementar (a busca de uma sociedade justa, com a redução das desigualdades sociais e saúde como direito de todos, isso para dizer o mínimo).

Por fim, imprescindíveis são as palavras de Ada Pellegrini Grinover:

“Mesmo para quem considere que a história e a sociologia devem deter-se às portas da norma jurídica; ainda que se admita que é o conteúdo desta, em suas concretas manifestações, vivificado pela interpretação do Direito científico, que constitui o objeto da Ciência do Direito; mesmo quando se sustente que o jurista deve dar aos problemas soluções jurídicas, dentro das formas previstas pelo ordenamento, ainda assim a experiência jurídica deverá ser sempre cotejada com a Constituição – que é a um só tempo o fundamento de validade de todas as leis e a resultante jurídica do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade.”¹⁷⁰

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Rosa Maria Guimarães. Paradigmas fundantes para a construção do sistema penal. In: LOPES, Maurício Antonio; LIBERATI, Wilson Donizeti (Orgs.). *Direito penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

170. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *Fundamentação constitucional do direito penal*, cit., prefácio.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro L. dos Santos. Brasília: UnB, 1999.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMELLO, Maurílio José de Oliveira. *Filosofia geral e jurídica. Ontologia: teoria dos objetos*. Universidade de Taubaté, 2003. (Apostila).

_____. *Temas de filosofia*. Universidade de Taubaté, 2000. (Apostilas).

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade de leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CHAUÍ, Marilena. *Filosofia*. São Paulo: Ática, 2002. (Série Novo Ensino Médio). v. único.

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 2. tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DECISÕES constitucionais de Marshall. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1999.

_____. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.

_____. O direito como um sistema de garantias. In: OLIVEIRA Jr, José Alcebíades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. *Verdade e método II. complementos e índices*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOMEZ, Diego J. Duquelsky. *Entre a lei e o direito: uma contribuição à teoria do direito alternativo*. Tradução de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo I*. 12. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

LAKATOS, Suzana. Palavras que dizem nada. *Jornal do Advogado*, São Paulo, CAASP, jun. 2003, p. 4-7.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica jurídica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. O controle incidental de normas no direito brasileiro. In: _____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Instituto de Direito Constitucional: Celso Bastos, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1.

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

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NUNES, Eunice. Reforma pontual torna Código Penal colcha de retalhos. *Folha de S. Paulo*, Caderno Cotidiano, 26 de julho de 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003.

_____. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material.* Florianópolis: Habitus, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SYLLA, Antonio Roberto. O “preâmbulo” da Constituição brasileira e sua relevância para o direito penal. In: LOPES, Maurício Antonio; LIBERATI, Wilson Donizeti (Orgs.). *Direito penal e Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional: a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto.* Disponível em: <<http://www.ihj.org.br>>. Acesso em: 10 jun. 2003.

_____. *A filtragem hermenêutico-constitucional do direito penal: um acórdão garantista.* Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2000. (Doutrina, n. 9).

_____. *A hermenêutica, a lei e a justiça: discussão dos obstáculos ao acontecer da Constituição.* Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001. (Doutrina, n. 11).

_____. As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do controle de constitucionalidade. In: *A sociedade, a violência e o direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. rev e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Tribunal do júri: símbolos & rituais*. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

STRECK, Lenio Luiz.; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. *Introdução geral ao direito II*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.