



ISSN 1808 - 6470

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

THEMIS

REVISTA DA ESMEC

Publicação Oficial da Escola Superior da Magistratura
do Estado do Ceará – ESMEC

Themis Fortaleza V.6 n.1 p. 1-401 jan/jun 2008

Pede-se que acusem o recebimento deste volume da "Revista"

Rogamus ut acceptionem nunties

Se ruego acusar recibo dei presente numero

Con preghiera di accusare ricevuta dei presente numero

On prie de vouloir bien accuser reception de cette revue

Please acknowledge receipt of this exemplar

Bitte, den Empfang dieser Zeitchrift zu beschinigen

Oni peats konfirmi la ricevon

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA POR
MARIA DO SOCORRO CASTRO MARTINS – CRB-3/775**

**THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da
Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, 2008**

**v. 6, n. 1, jan/jun
Semestral
ISSN 1808-6470**

1. Doutrina. 2. Jurisprudência.

**I. Escola Superior da Magistratura do Estado do
Ceará-ESMEC**

CDU: 340(05)

Permuta

Solicita-se permuta / *Exchange requested / On prie e'échange/ We request exchange/ On demande l'échange/Wir erbitten Austausch/ Se solicita canje/ Si chiede lo scambio/ Se pide intercambio*

Endereço para permuta:

Biblioteca da ESMEC

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Água Fria
CEP 60.811-670 Fortaleza-Ceará-Brasil

Tel./fax: (85) 3278-6242 ou (85) 3278-4013

E-mail: esmectj@gmail.com

Correspondências e Artigos:

Secretaria da ESMEC

Editores da Revista THEMIS - Revista Científica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Água Fria
CEP 60.811-670 Fortaleza-Ceará-Brasil

Tel./fax: (85) 3278-6242 ou (85) 3278-4013

E-mail: esmectj@gmail.com

Permitida a reprodução desde que citada a fonte.

THEMIS - Revista Científica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) possui tiragem de 500 exemplares impressos e 100 (cem) exemplares em CD-ROM e é distribuída, gratuitamente, aos alunos e professores da ESMEC e às bibliotecas e instituições das principais universidades, escolas de magistratura e institutos de pesquisa, em especial àqueles que nos solicitarem, pelo sistema de permuta.

Consulte a versão eletrônica da THEMIS - Revista Científica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) em:

<http://www.tjce.jus.br/esmec/esmec_publicacoes.asp>

E-mail: esmectj@gmail.com

<http://www.tjce.jus.br/esmec>

© TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ****Edifício Desembargador Júlio Carlos de Miranda Bezerra****Tel. (0XX85) 3278-6242/4013 E-mail: esmectj@gmail.com****Rua Ramires Maranhão do Vale, 70 – Edson Queiroz****CEP 60811-670 Fortaleza-CE****DIREÇÃO**

Desembargador João Byron de Figueirêdo Frota

COORDENAÇÃO

Juiz Washington Luiz Bezerra de Araújo

ORGANIZAÇÃO DE TEXTOS

Flávio José Moreira Gonçalves

REVISÃO

Maria de Fátima Neves da Silva

CONSELHO CONSULTIVO

Águeda Passos Rodrigues Martins – Alberto Silva Franco – Antônio de Pádua Ribeiro – César Asfor Rocha – Ernando Uchoa Lima – Fernando Luiz Ximenes Rocha – Luiz Carlos Fontes de Alencar – José Ari Cisne – José Maria de Melo – José Paulo Sepúlveda Pertence – Marco Aurélio Farias de Mello – Paulo Bonavides – Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite – Sálvio de Figueiredo Teixeira – Vicente Leal de Araújo

CONSELHO EDITORIAL

Almir Pazzianotto Pinto – Antônio Augusto Cançado Trindade – Carlos Roberto Martins Rodrigues – Carlos Facundo – Celso Antônio Bandeira de Melo – César Oliveira de Barros Leal – Dimas Macedo – Edgar Carlos de Amorim – Ernani Barreira – Fátima Nancy Andrighi – Fernando Luiz Ximenes Rocha – Flávio José Moreira Gonçalves – Francisco de Assis Filgueiras Mendes – Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque – Francisco Luciano Lima Rodrigues – Gizela Nunes da Costa – Hugo de Brito Machado – João Alberto Mendes Bezerra – José Afonso da Silva – José Alberto Rola – José Alfredo de Oliveira Baracho – José Evandro Nogueira Lima – José Filomeno de Moraes Filho – Luiz Flávio Borges D’Urso – Márcio Thomaz Bastos – Napoleão Nunes Maia Filho – Oscar Vilhena – Roberto Jorge Feitosa de Carvalho – Rogério Lauria Tucci – Sérgio Ferraz – Sílvio Braz Peixoto da Silva – Valeschka e Silva Braga – Valmir Pontes Filho

Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus autores

Tiragem: 1500 exemplares

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Presidente

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Vice-Presidente

Des. Rômulo Moreira de Deus

Corregedor Geral da Justiça

Des. José Cláudio Nogueira Carneiro

TRIBUNAL PLENO

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Des. Emani Barreira Porto

Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque

Des. João de Deus Barros Bringel

Desa. Huguette Braquehais

Des. Rômulo Moreira de Deus

Des. José Cláudio Nogueira Carneiro

Desa. Gizela Nunes da Costa

Desa. Maria Celeste Thomaz de Aragão

Des. José Arísio Lopes da Costa

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Des. João Byron de Figueiredo Frota

Des. Ademar Mendes Bezerra

Desa. Mariza Magalhães Pinheiro

Desa. Edite Bringel Olinda Alencar

Desa. Maria Iracema do Vale Holanda

Des. José Mário Dos Martins Coelho

Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira

Des. Ratmundo Eymard Ribeiro de Amoreira

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Des. Lincoln Tavares Dantas

Des. Celso Albuquerque Macedo

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Desa. Lúcia Maria do Nascimento Fiúza Bitu

Des. Francisco Sales Neto

Des. Raul Araújo Filho

Dr. Bomfim Cavalcante Carneiro - Secretário Geral

RELAÇÃO DOS DIRETORES E COORDENADORES DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ (ESMEC)

Diretor Atual: Des. João Byron de Figueirêdo Frota

Ex-Diretores:

Des. Ademar Mendes Bezerra (2006-2007)
Des. Francisco Hugo Alencar Furtado (2005)
Des. José Cláudio Nogueira Carneiro (2003-2004)
Desa. Gizela Nunes da Costa (2001-2002)
Des. Raimundo Bastos de Oliveira (1999-2000)
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha (1997-1998)
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque (1995-1996)
Des. José Maria de Melo (1993-1994)
Des. Ernani Barreira Porto (1991-1992)
Des. Julio Carlos de Miranda Bezerra (1987-1990)

Coordenador Atual:

Juiz Washington Luiz Bezerra de Araújo

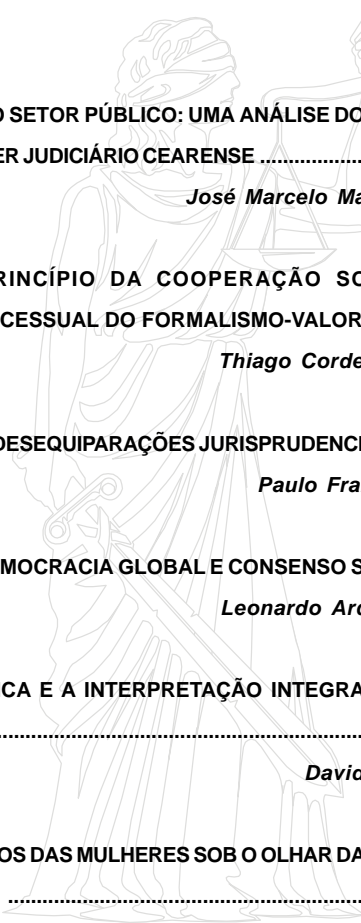
Ex- Coordenadores:

Juiz Haroldo Correia Máximo (2007)
Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2006-2007)
Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho (2005)
Juiz Mantovanni Colares Cavalcante (2003-2004)
Juiz Francisco Luciano Lima Rodrigues (2001-2002)
Juiz Francisco de Assis Filgueira Mendes (1988-2000)

SUMÁRIO

ARTIGOS

A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	15
	<i>César Barros Leal</i>
A MERITOCRACIA NO SETOR PÚBLICO: UMA ANÁLISE DO PLANO DE CARGOS E CARREIRAS DO PODER JUDICIÁRIO CEARENSE	27
	<i>José Marcelo Maia Nogueira e outros</i>
ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DEMOCRÁTICO-PROCESSUAL DO FORMALISMO-VALORATIVO	53
	<i>Thiago Cordeiro Gondim de Paiva</i>
DA CORREÇÃO DAS DESEQUIPARAÇÕES JURISPRUDENCIAIS	71
	<i>Paulo Francisco Banhos Ponte</i>
JUSTIÇA SOCIAL, DEMOCRACIA GLOBAL E CONSENSO SOBREPOSTO	85
	<i>Leonardo Arquimimo de Carvalho</i>
SEGURANÇA JURÍDICA E A INTERPRETAÇÃO INTEGRADORA DE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO	107
	<i>David Barbosa de Oliveira</i>
OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES SOB O OLHAR DAS NAÇÕES UNIDAS E O ESTADO BRASILEIRO	127
	<i>Mércia Cardoso de Souza</i>



A FUNÇÃO DO TREINAMENTO NO CONTEXTO DAS ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS 147

Nádia Raposo Alves

RETROATIVIDADE DA LEI N. 11.464/2007: UMA VISÃO HISTÓRICA, FÁTICA, SOCIAL, JURISPRUDÊNCIAL E CONSTITUCIONAL DO TEMA 169

César Morel Alcântara

AS SÚMULAS VINCULANTES: UMA ABORDAGEM CRÍTICA EM CONSIDERAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA 215

Luiz Régis Bomfim Filho

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y MIGRACIÓN IRREGULAR: LA AGENDA PENDIENTE PARA EL DERECHO MEXICANO 253

Julieta Morales Sánchez

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO FGTS 308

Samara Cavalcante Fernandes e outro

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA 339

José Ítalo Aragão de Vasconcelos

O SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E SUA REPERCUSSÃO NO CONCEITO FISCAL DE FATURAMENTO 358

Renato Belo Vianna Velloso

VARAS ESPECIALIZADAS EM CRIMES PRATICADOS CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE: POSSIBILIDADES E LIMITES DA AÇÃO NA DEFESA DE DIREITOS 381

Ana Paula Lemos Costa

ARTIGOS

A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

César Barros Leal

Procurador do Estado do Ceará, Doutor em Direito pela Universidade Nacional Autônoma do México, Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Sumário: 1. Considerações primeiras. 2. O Direito Internacional dos Direitos Humanos. 3. A Defensoria no âmbito prisional. 4. Considerações finais. Notas

Palavras chave: acesso à justiça; instituição essencial; assistência jurídica integral e gratuita; igualdade processual; direitos humanos.

“Há em nossa sociedade uma classe desvalida, necessitada, pobre e abandonada. Esta classe está nas entranhas de nossa sociedade, é a classe mais numerosa, é nosso povo, é nossa sociedade mesma: compõe-se de todos aqueles infelizes que, não tendo tido a sorte de herdar um patrimônio, nem a fortuna de adquirir educação, se encontram submissos na ignorância e na miséria, se vêem desnudos e famintos, por todas as partes humilhados; em todas as partes oprimidos.

Sobre esta classe recai comumente não só o peso e rigor das leis senão também, e isto é mais terrível, a arbitrariedade e injustiça de muitas autoridades e de muitos dos agentes policiais.”

Ponciano Arriaga

1. Considerações primeiras

Não me incluo entre os que proclamam com orgulho: sou defensor público. Mas lhes confesso e a seu Padroeiro Santo Ivo, entre as paredes deste belo auditório que hão de guardar nosso segredo a vozes, que a figura do defensor público sempre foi objeto de meu mais acendrado respeito, tanto mais porque, desde quando escancarei os olhos para as iniquidades de um mundo perverso onde me coube nascer e viver, esta tem exercido sobre mim um enorme fascínio, o que atribuo não apenas à sua missão constitucional de assegurar aos que comprovarem insuficiência de recursos, o acesso à Justiça (incluída a Justiça social, pilar da cidadania, erigida como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”¹), um mister que se agiganta num país de analfabetos, no qual

¹. A esse respeito: “O que se busca com a atuação dessas instituições é a realização da Justiça, tomado esse termo não apenas no sentido de Justiça de estrita legalidade, de Justiça jurisdicional, mas de Justiça abrangente da equidade, da legitimidade, da moralidade.” (FERREIRA, Sérgio D’Andrea, in NEDER Suely Pletz. *Defensoria Pública - Instituição Essencial ao Exercício da Função Jurisdicional pelo Estado e à Justiça*. Brasília: Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 2002).

mediaticamente se nutre sob a capa do assistencialismo uma infame exclusão sócio-econômica, senão também ao fato de que nunca deixou de ressoar nos tímpanos de minha memória, como um chamamento à consciência e à luta, a advertência de Ovídio, tão incômoda quanto intensamente desafiante, de que o tribunal está fechado para os pobres.

Nesta estação de tempo em que se busca, a duras penas, estruturar e aprimorar a defensoria pública da União e de numerosas entidades federativas, fortalecendo-a como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, em harmonia com o art. 134 da Carta Cidadã, impõe-se disseminar, em todos os segmentos da sociedade, a consciência de que uma Defensoria enfraquecida repercute necessariamente na aplicação claudicante das leis, na fragilização das instituições, no declínio dos indicadores sociais, no menoscabo aos direitos fundamentais dos cidadãos e na conseqüente vulneração do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Valorizar a Defensoria Pública, outorgando-lhe efetiva autonomia funcional, administrativa e financeira, reconhecida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, alçando-a ao patamar do Ministério Público e da Magistratura (instituições com as quais forma um triângulo equilátero, em expressão de Amélia Soares da Rocha²), reconhecendo sua

² ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública e Transformação Social*. Revista Pensar, v. 10, n. 10, p. 1-5, fev. 2005, Fortaleza.

importância num agrupamento de prioridades que abarque por igual a segurança, a saúde e a educação, constitui um dever impostergável de todo governante que se insurge contra as desigualdades e persiga, compromissado com os objetivos maiores do Estado Brasileiro, o bem-estar de todos e o desenvolvimento humano e social, pautando suas políticas públicas pela promoção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A não ser assim, ter-se-á tão-somente o discurso supérfluo dos que, em sua acentuada miopia intelectual, são incapazes de perceber o alcance de uma assistência jurídica integral e gratuita, prestada judicial e extrajudicialmente, tal como o define a Lei Maior, a milhões de pessoas necessitadas, sem acesso à generalidade dos bens e dos serviços básicos para uma vida decente, que carregam consigo como um estigma, um ferrete, o labéu da hipossuficiência, do baixo nível de instrução, da míngua de perspectivas de ascensão social, e para as quais a plena igualdade de direitos, bem como o princípio da dignidade humana, fundamento esta da própria república federativa, são postulados de uma utopia que se pretende seja real.

Nobres os que, no exercício quixotesco de sua função, malgrado a ausência de condições, a mesquinhez de vencimentos, a insuficiência de servidores (e aqui me permito objetar, toda excepcionalidade guardada, a contratação nestas circunstâncias de advogados privados), armam-se da “serena coragem” de que nos fala a Oração do Defensor,

da autoria de Paraguassú Eleres, e assumem com a obstinação dos justos e a rebeldia dos insubmissos a responsabilidade de universalizar, efetivar e cotidianizar os direitos e garantias individuais, melhorar os índices de desenvolvimento social, levar a cabo programas de educação em direitos humanos, expandindo uma atenção otimizada aos que dela dependem cabalmente e a encaram, por isso mesmo, como derradeira instância de defesa e asseguramento da cidadania, confiando em sua aptidão para lhes tornar acessível a Justiça e salvar as barreiras dominantes, erguidas pela potestade e pela prepotência dos mais fortes.

Evoco neste instante as palavras de Cinthia Robert e Elida Seguin, em seu livro *Direitos Humanos, Acesso à Justiça: Um Olhar da Defensoria Pública*:

“Na luta pela defesa do Homem algumas Instituições são representativas do patamar de desenvolvimento alcançado. Entre essas, a Defensoria Pública exsurge como um marco da possibilidade de ser garantido ao pobre o Acesso à Justiça e à busca por uma prestação jurisdicional isonômica. O princípio da igualdade entre as partes é densificado pela atuação institucional, fazendo com que uma pessoa não dependa de sua fortuna para ter seus direitos reconhecidos e que se deixe de fazer

Justiça em virtude da pobreza do titular do direito.”³

2. O Direito Internacional dos Direitos Humanos

Louve-se nossa Constituição Federal que, ao instituir o direito fundamental à assistência jurídica, colheu inspiração no Direito Internacional dos Direitos Humanos, mais precisamente nos instrumentos universais de proteção desses direitos, entre os quais sobrelevam a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Pactos Internacionais de Direitos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (o Pacto de San José), em cujos enunciados se funda o ideal da acessibilidade da Justiça, extensivo a todas as pessoas, indistintamente, em particular às que carecem de meios para contratar um advogado particular e de assumir os gastos de um processo, sem prejuízo para sua subsistência e de sua família, mas confiam na disposição do Estado de lhes prover

³. ROBERT, Cinthia Robert e SEGUIN, Elida. *Direitos Humanos, Acesso à Justiça: Um Olhar da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 8. Leia-se também esta citação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Sem Defensoria Pública, parcela substancial, quiçá majoritária da sociedade estaria condenada à mais execrável sorte de marginalização, além das que já sofrem, a econômica e social: a marginalização política. Condenados, os necessitados a serem cidadãos de segunda classe, perpetra-se o mais hediondo dos atentados aos direitos, liberdades e garantias constitucionais, impossibilitando que na sociedade brasileira se realize o Estado de Direito - pela ilegalidade sem sanção, se afirme no Estado Democrático - pela cidadania sem ação; e se caminhe para o Estado de Justiça - pela imoralidade sem oposição” (grifos nossos). (Idem, p. 204)

uma atenção apropriada, no contexto da ampla defesa e do devido processo legal, até o último grau de recurso, impedindo que o catálogo de direitos repouse no panteão das letras mortas, fazendo, ao revés, vivente o direito vigente.

Em boa hora, transcrevo o voto exarado pelo Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, relativo à Sentença de 2 de setembro de 2004, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Instituto de Reeducação do Menor *versus* Paraguai:

“A Corte Interamericana reconheceu a importância do direito de acesso à justiça; tanto é assim que, desde sua Sentença de 03.11.1997 (parágrafo 82), no caso *Castillo Páez versus Peru*, até a presente data, reiteradas vezes assinalou que o direito de toda pessoa de acesso a um recurso simples e rápido ou efetivo perante juízes ou tribunais competentes que a amparem em seus direitos fundamentais (art. 25 da Convenção) ‘constitui um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, senão do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática no sentido da Convenção’.”

3. A Defensoria Pública no âmbito prisional

Conquanto seja diversificada a função do defensor público (na área de família, da infância e da juventude, dos

direitos do consumidor, da execução criminal, bem como no cível, na fazenda pública, em acidentes de trabalho e na previdência e assistência social), onde mais se divisa a necessidade de sua atuação é na ambiência do cárcere, este território de ninguém, esquecido pelos homens, desaguadouro dos males da justiça criminal, habitado em sua maior parte pelos despossuídos, pelos miseráveis, pelos “pobres dos pobres, o que abona a imagem de uma *Justiça para marginalizados* e traz à memória o poeta argentino José Hernández, em sua obra prima *El Gaucho Martín Fierro* (‘Para ele são os calabouços, / Para ele as duras prisões; / Em sua boca não há razões / Embora a razão lhe sobre; / Que são sinos de pau / As razões dos pobres’), reforçando o apotegma citado por Alejandro H. Bringas e Luis F. Roldán Quiñones: ‘No cárcere se castiga a pobreza, não o delito.’”⁴ Para eles, “...os filhos de ninguém, os donos de nada”, de que nos fala Eduardo Galeano em *El Libro de los Abrazos*, muitos deles autores de fatos delitivos cometidos em flagrância, alguns de bagatela,”⁵ o defensor público é o guardião que lhes oportuniza acessar os benefícios da lei e afiançar a igualdade processual (*equality of arms*) no itinerário da execução.

A defesa dos cativos colide, porém, com a insuficiência desses profissionais, que, faltos de recursos (estruturais e materiais), são de regra impotentes para atenderem adequadamente, como a consciência e o padrão elevado de profissionalismo lhes ditam, a uma demanda cada vez mais crescente.

Alhures, discorrendo sobre a imprescindibilidade dos

defensores públicos, transmutados em agentes transformadores da sociedade,⁶ mensageiros da equidade e da esperança, aos quais impende abrir o tribunal aos pobres, na dicção de José Afonso da Silva,⁷ aduzi que “sua ingente tarefa é defender zelosamente os presos, com fundamento no axioma de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário as lesões ou ameaças ao direito e que todos os seres humanos, sem distinção, com assento no princípio constitucional da igualdade, devem ser respeitados e viver ao abrigo do Estado.”⁸

O Dr. Sergio García Ramírez, em voto concordante à Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Medidas Provisórias no caso do Cárcere de Urso Branco, de Porto Velho, Rondônia, datada de 7 de julho de 2004, advertiu:

“Está pendente, em termos gerais, uma imensa obra reivindicadora dos direitos humanos nestas instituições, praticamente aonde quer que se vá. Esta situação não somente milita contra direitos fundamentais senão põe em cheque a Justiça penal em seu conjunto, uma de cujas expressões mais dramáticas - não a única, evidentemente - é a privação de liberdade. Esta coloca a quem a padece a mercê das circunstâncias, que podem chegar a ser anárquicas, se não intervier o Estado para impedi-lo e organizar a vida em reclusão. O discurso e as normas penitenciárias se

chocam brutalmente com a realidade de muitas de nossas prisões. Isto deve mudar, logo e profundamente.”

Ao defensor público, indo além de sua função meramente jurisdicional, incumbe cobrar do Estado as medidas necessárias para que este adequue as condições do encerro aos *standards* sobre a matéria referidos pelas Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos e outros documentos de defesa dos direitos humanos, de caráter e relevância universais.

4. Considerações finais

Aos que comparecem a este Congresso, vindos de diferentes regiões do país, relembro a lição do bretão Santo Ivo: “Jura-me que sua causa é justa e eu a defenderei gratuitamente.” Em seu talento, em sua combatividade na luta pelo Direito, na “retidão de sua consciência, muito mais importante do que o tesouro do conhecimento”,⁹ em sua crença na corporificação dos sonhos, reside a razão do triunfo da dignidade sobre a ignomínia e o segredo das transformações que não de sepultar as injustiças do presente. Para isso se faz preciso ter esperança num amanhã menos desonroso, aquela esperança, em palavras de Schiller, cujo “brilho mágico entusiasma os mais moços e não é enterrada com o ancião, pois este, quando extenuado encerra o curso da vida, ainda a planta sobre o túmulo.”

A vocês, sobretudo recém ingressos nesta fascinante

carreira, endereço as palavras de Julio Hernández Plieto, em “Cartas a un Joven Defensor de Oficio”:

“A defesa dos pobres implica o privilégio de abraçar uma cruzada constante contra as travas e iniquidades que se opõem à Justiça, em desfavor dos menos favorecidos, e de privilegiar, ao mesmo tempo, nossa classe profissional em sua transcendência histórica, a tal grau que se houvesse outra vida, sem dúvida ter-se-ia que vivê-la como advogado lutando por esses propósitos, e quando nosso filho, parafraseando Couture, nos peça conselho acerca de seu futuro, será uma honra - estou seguro disso - sugerir-lhe que exerça a defensoria pública...”¹⁰

Senhoras e senhores. À prestação jurisdicional (a que muitos pretendem equivocadamente restringir a ação da defensoria pública) se soma, a bom juízo, a efetividade de uma defesa bem mais ampla que abarque, sob o signo da solidariedade, a promoção da justiça social. Não é suficiente apenas afirmar que a instituição, olhos e ouvidos dos excluídos, é um instrumento de efetivação de seus direitos humanos; é preciso avançar - este é o grande desafio, máxime das novas gerações - e diminuir o descompasso existente entre o Brasil legal e o Brasil real, entre os ideais da democracia e da paz social e a realidade de milhões de

brasileiros que aspiram a uma cidadania plena.

Obrigado.

⁴ Trecho do livro *Viagem pelos Caminhos da Dor: A Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos (Casos do Brasil e do México)*, p. 179, em vias de publicação.

⁵ *Idem*, p. 236.

⁶ Dos mesmos autores: “Os Defensores Públicos, além de Operadores do direito, por terem oportunidade de lidar com uma camada mais desprotegida e desinformada da população, são também agentes de mudança, atuando numa educação informal do povo para conscientizá-lo da cidadania que possuem. Ao informar a parte de seu direito o Defensor Público faz mais do que apenas defender um direito subjetivo, ele muda paulatinamente uma consciência social.” (*Idem*, p. 225)

⁷ Leia-se: “Quem sabe se fica revogada, no Brasil, a persistente frase de Ovídio: *Cura pauperibus clausa est*. Ou as Defensorias Públicas federal e estaduais serão mais uma instituição falha? Cabe aos Defensores Públicos abrir os tribunais aos pobres, é uma missão tão extraordinariamente grande que, por si, será uma revolução, mas, também se não cumprida convenientemente será um aguilhão na honra dos que a receberam e, porventura, não a sustentaram.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 588)

⁸ OLIVEIRA DE BARROS LEAL, César. *Viagem Pelos Caminhos da Dor: Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos (Casos do Brasil e do México)*. Tese de doutorado (Universidade Nacional Autônoma do México). Texto mimeografado, p. 251.

⁹ Osorio y Gallardo, citado por DÍAZ, Hermínio Huerta, em “*Cartas a un Joven Defensor Público*”. Publicação da Suprema Corte de Justiça, México, 2001, p. 79.

¹⁰ *Idem*, p. 279.

A MERITOCRACIA NO SETOR PÚBLICO: UMA ANÁLISE DO PLANO DE CARGOS E CARREIRAS DO PODER JUDICIÁRIO CEARENSE

José Marcelo Maia Nogueira

Mestrando em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas –
SP (FGV-SP).
Analista Judiciário Adjunto

Leonel Gois Lima Oliveira

Mestrado em Administração pela Universidade Estadual do Ceará
(UECE)
Analista Judiciário Adjunto

Francisco Roberto Pinto

Doutorado em Administração pela Universidade Federal da Paraíba
(UFPB) e Doutorado em Gestão de Empresas pela Universidade de
Coimbra - PT (UC).
Professor Doutor da Universidade Estadual do Ceará (UECE)

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a meritocracia profissional no setor público brasileiro. Aborda, como fundamentação teórica, as diferentes formas de reconhecimento demandadas pelo profissional com base em suas inclinações profissionais, ou âncoras de carreira, e a meritocracia focada no poder público brasileiro. Como objeto de estudo analisa-se a proposta de regulamentação do Plano de Cargos e Carreiras a ser adotado nas práticas de gestão de pessoas atuantes na esfera do Poder Judiciário do Estado do Ceará. Trata-se de um estudo de caso, com abordagem qualitativa. A técnica de pesquisa adotada foi a bibliográfica e a documental. Uma vez analisados os critérios que poderão compor o referido Plano de Cargos e Carreiras,

que se encontra em fase de aprovação, concluiu-se que a meritocracia, do ponto de vista profissional, não será privilegiada na avaliação de desempenho individual do servidor atuante na esfera pública estudada, caso este Plano venha a ser praticado.

Palavras-Chave: Meritocracia; Plano de Cargos e Carreiras; Poder Judiciário cearense.

INTRODUÇÃO

Ao reconhecer e recompensar devidamente seus colaboradores, uma organização estabelece um acordo de equidade, dando-lhes uma retribuição adequada por seus esforços. Em consequência disso, a utilização de um sistema eficaz de reconhecimento e recompensa torna-se um fator motivacional que auxilia na manutenção e na melhoria do desempenho por parte dos colaboradores e é uma forma de esclarecer quais os valores e comportamentos a organização valoriza. Quando a entidade procede desta maneira em suas práticas de gestão, pode-se dizer que ela está agindo guiada por diretrizes meritocráticas, onde o mérito profissional do funcionário é valorizado.

É com base nesta premissa que esta pesquisa se propõe a analisar a dinâmica estabelecida entre o funcionário e a organização, tendo como objetivo principal a verificação da necessidade que este funcionário mantém por um tratamento meritocrático, em seu âmbito profissional. Para efeito de contextualização e verificação da existência de diretrizes meritocráticas numa organização, serão analisados os critérios do Plano de Cargos e Carreiras a ser aplicado aos servidores públicos atuantes no Poder Judiciário do Estado do Ceará.

Como técnica de pesquisa utilizou-se a bibliográfica, pois sua fundamentação foi baseada em teorias e opiniões formuladas por autores atuantes no cenário da ciência

administrativa, desde a gestão de pessoas atuantes no serviço público brasileiro às diferentes formas de reconhecimento profissional demandadas pelas pessoas nas organizações. Ainda como caráter de pesquisa bibliográfica, foi feita uma análise documental de legislações e propostas de regulamento que delimitam as diretrizes formais a serem cumpridas quando da aplicação do referido Plano de Cargos e Carreiras, que finalmente caracterizará o estudo de caso da pesquisa.

1. A DEMANDA PELA MERITOCRACIA

Quando se questiona os colaboradores de uma organização sobre o que eles mais esperam do seu trabalho, eles normalmente respondem que é o reconhecimento por aquilo que eles fazem de rentável e significativo para a empresa. Colaboradores bem reconhecidos (em contrapartida aos seus méritos) tendem a ter maior auto-estima, disposição para enfrentar novos desafios e para contribuir com novas ideias, conseqüentemente, melhorando os resultados rentáveis da empresa. A organização que enxerga e pratica esta dinâmica percebe que o ato de reconhecer e recompensar seu colaborador não consiste em um ato de filantropia, mas sim em um modo de obter maior produtividade, valorizando um de seus mais importantes recursos: o talento humano (Deeprise, 1995).

Uma vez que a dinâmica “mérito – reconhecimento – recompensa” é estabelecida, é possível vislumbrar a formação de um ciclo virtuoso onde um elo final passa a ser componente: o estímulo à motivação. Com isso, é possível verificar que a existência de um ambiente de trabalho onde as pessoas são recompensadas por seus méritos, torna-se ambiente propício ao estímulo da motivação que, por sua vez, proporciona um aumento na produtividade por parte dos colaboradores.

O conceito de recompensa comumente está ligado ao conceito de motivação para melhor desempenho no trabalho. Considere-se que o ato de motivar consiste em incentivar as pessoas e as equipes a trabalharem da melhor maneira possível, através da construção de um ambiente favorável ao desempenho de suas aptidões. O comportamento do indivíduo na organização não é casual nem aleatório, mas sempre orientado e dirigido por e para algum objetivo. Sendo assim, o ambiente organizacional deve oferecer fatores motivacionais aos colaboradores. Dois desses fatores são: o reconhecimento e a consequente recompensa baseados nos resultados que agregam valor à empresa.

É importante notar que a falta de critérios formais e justos num processo de reconhecimento e recompensa, traz maus resultados para a organização justamente por ter começado de forma errônea: desmotivando e desmerecendo o trabalho e o valor de um importante diferencial competitivo da organização, ou seja, as pessoas que nela atuam.

1.1 As Âncoras de Carreira (Inclinações Profissionais)

Lawer III (1998) ressalta que o dinheiro pode ser um poderoso fator de motivação se as pessoas acreditam haver ligação direta ou indireta entre desempenho e consequente aumento de remuneração.

É em complemento a esta percepção que cabe ser apresentado o modelo de âncoras de carreira, ou inclinações profissionais, proposto por Schein *apud* Techima (2004). Este modelo complementa a teoria de Lawer III ao explicar que o profissional não demanda somente reconhecimentos e recompensas de ordem financeira, mas também de outras naturezas e inclinações.

Para Schein, estas inclinações, ou âncoras, vêm a

ser diretrizes que uma pessoa, em condições profissionais normais, segue fielmente. O conceito de âncora, neste contexto, está relacionado com permanência e mudança na busca dos elementos profissionais que motivam e dão satisfação ao profissional, intrinsecamente. Dessa forma, a realização profissional através de atividades que atendam à sua âncora de carreira, passa a ser um fator motivacional do indivíduo.

Apresentam-se a seguir, de maneira resumida, os tipos de inclinações profissionais delineadas e descritas por Schein *apud* Techima (2004):

- Técnico-funcional – guiada por esta inclinação, a pessoa é motivada pela oportunidade de utilizar suas aptidões na sua área de especialização;
- Gerencial – a pessoa é motivada pela oportunidade de alcançar níveis mais elevados em uma organização, normalmente alinhados a um trabalho desafiador;
- Segurança e estabilidade – a pessoa demanda empregos em organizações que proporcionem segurança, geralmente financeira, e permanência em seu posto estamental;
- Criatividade empreendedora – as pessoas são orientadas pela necessidade de empreender dentro da empresa ou criar novas organizações;
- Autonomia e independência – o indivíduo tem necessidade de executar suas tarefas de maneira independente, alinhadas ao seu ritmo pessoal;
- Estilo de vida – o indivíduo prioriza o trabalho que lhe permite conciliar e integrar suas necessidades pessoais às exigências de sua carreira;
- Puro desafio – a motivação deste grupo de pessoas é voltada para transpor obstáculos difíceis e solucionar problemas aparentemente insolúveis;
- Vontade de servir – essa inclinação motiva a

pessoa a executar um trabalho que tenha um valor, geralmente social.

Verificando-se os perfis profissionais previstos no sistema de âncoras de carreira de Schein, constata-se que a meritocracia pode ser praticada de diversas formas, uma vez que sejam identificadas as âncoras individuais predominantes nos colaboradores da organização. Para tanto, é preciso notar que uma só pessoa pode enquadrar-se em mais de uma inclinação profissional, e assim, demandar mais de um tipo de reconhecimento, baseado em seu estilo de atuação.

1.2 A Meritocracia

Segundo Duarte (2005, p. 365), meritocracia é a “fórmula utilizada por organizações, como estímulo profissional, oferecendo recompensas aos seus integrantes que proporcionem melhorias importantes para elas ou para sua clientela”.

Para Barbosa (2003), a meritocracia profissional pode ser definida como um conjunto de valores que postula que as posições estamentais dos indivíduos na organização devem ser resultados do mérito de cada um, ou seja, das suas realizações individuais.

Estes autores enfatizam, ainda, a importância de ser aplicada justiça nos procedimentos de reconhecimento na ocasião de se praticar recompensa baseada em resultados. A possibilidade dos planos de recompensa serem vistos como justos é maior quando eles se aplicam consistentemente a todos os funcionários, uma vez que seja observado o mérito profissional. É importante notar que, segundo a definição exposta por Duarte, a organização e seu público-alvo também são beneficiados em consequência da aplicação da meritocracia na gestão de pessoas.

Nem sempre a relação entre o bom desempenho

profissional e a respectiva recompensa é perceptível, algumas condições devem existir, tais como: critérios claros e contingencialmente justos para avaliação do desempenho, plano para dar aos funcionários um retorno honesto das informações, mecanismos simples e compreensíveis para os pagamentos (em contrapartida dos resultados) ou não-pagamentos (no caso da inexistência de mérito). Em muitos casos, essas condições não existem nas organizações e abre-se espaço para que os funcionários encontrem suas próprias razões (algumas vezes movidos pela insatisfação) para justificar a recompensa solitária de um colega. Do ponto de vista dos funcionários merecedores, porém não recompensados, à luz da falta de informação, podem surgir pseudo-critérios que servem como explicações parciais para o fato ocorrido, podendo ser citados: favoritismo, sorte, mau uso de influência política etc.

Não importa qual desses falsos critérios prevalece como explicação, o impacto negativo é similar para os desfavorecidos: os funcionários podem ficar desmotivados porque não conseguem fazer a ligação entre esforço e recompensa. Com isso, torna-se clara a visualização de uma dinâmica de causa e consequência. Se os esforços despendidos pelo funcionário, que resultam em insumos satisfatórios para a organização, desencadearem retornos positivos e relevantes àquele, instiga-se a sua motivação para o comprometimento com o trabalho, ocasionando mais resultados satisfatórios para a organização.

1.3 A Meritocracia no Poder Público brasileiro

Para análise empírica do tema em estudo, será analisado um Plano de Cargos e Carreiras que se encontra em desenvolvimento para ser aplicado aos funcionários públicos do Poder Judiciário do Estado do Ceará. Para tanto, considerou-se pertinente uma análise prévia do modo como

a meritocracia, como política de valorização profissional de pessoas, normalmente é tratada no poder público brasileiro.

Duarte (2005, p. 365) apresenta um outro conceito que se remete à meritocracia, porém num âmbito mais restrito, referente ao reconhecimento destinado ao servidor público. Este novo conceito é o merecimento e assim está definido:

Merecimento. Reconhecimento do mérito de servidor público, caracterizado por suas qualificações funcionais, profissionais, éticas, morais, como assiduidade, competência, conhecimento e habilidade, o que é comprovado por avaliações que lhe conferem o direito à promoção de cargo, classe ou categoria.

Conforme pode ser observado na definição exposta, o merecimento do servidor público deve ser reconhecido a partir da identificação de uma variedade de competências tanto em seu conhecimento funcional, quanto em suas habilidades e atitudes. Uma forma de serem mensuradas essas competências e, por conseguinte, seu merecimento, é através da avaliação de desempenho. Para tanto, ao referir-se à meritocracia observada no Poder Público brasileiro, Barbosa (2003, p. 4) tem a acrescentar:

A meritocracia e a avaliação de desempenho sempre foram questões polêmicas para a administração, especificamente no Brasil. Até porque não existe aqui uma ideologia meritocrática fortemente estabelecida na sociedade, mas sim sistemas e discursos meritocráticos. Entre nós existe, do ponto de vista do sistema cultural, a ideia de que cobrar resultados e ainda por cima mensurá-los, é

uma atitude profundamente autoritária. Avaliar serviço público então, é muito mais complicado. Existe nas representações coletivas brasileiras uma relação grande entre competição, cobrança de resultados e desempenho como procedimentos e processos autoritários, e não como processos funcionais ou de hierarquizar pessoas no interior de um todo para fins específicos. Além disso, existe uma identificação entre processos democráticos com meritocráticos. Nem todos os processos democráticos são meritocráticos e nem todos os processos meritocráticos podem e/ou devem ser democráticos.

Em estudo que trata da meritocracia nas sociedades modernas, Barbosa (1999) traça um histórico que permite ser observada a legitimação institucional e a transformação da meritocracia em direito, através das constituições e legislações que se referem ao ingresso de cidadãos brasileiro ao setor público. Como exemplo, pode ser citado o art. 179 da primeira Constituição brasileira, datada de 25 de março de 1824: “Todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja por seus talentos ou virtudes”.

Após apontar a valorização do incentivo às práticas meritocráticas de ingresso dos brasileiros ao Poder Público desde a primeira Constituição do país, Barbosa ainda aponta evoluções neste sentido também nas Constituições posteriores, que dentre outras determinações, garantiram:

- O direito de livre acesso de qualquer brasileiro a cargos públicos que atendam às condições e capacidades individuais exigidas para a função

(Constituição de 1891);

- A indistinção de sexo e estado civil na obtenção de cargos públicos e a exigência de exames de sanidade e concurso de provas ou títulos para a efetivação do ingresso a esses cargos (Constituição de 1934);

Embora as Constituições de 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988 não se refiram a práticas de medição da capacidade individual quando da admissão de indivíduos a cargos públicos, pelo fato de exigir o concurso aberto a todos os brasileiros, estas Constituições Federais “deixam implícita a ideia de que o anonimato e a impessoalidade (...) selecionam pelo mérito pessoal, por ignorarem atributos sociais como *status*, poder político e econômico, relações consanguíneas e pessoais” (Barbosa, 1999, p. 51).

No entanto, mesmo ao afirmar que, desde as datas citadas, a legislação já favorecia a prática da meritocracia (pelo menos no ingresso do brasileiro aos cargos públicos), fica claro que:

A presença desses dispositivos em todas as constituições não significa a consagração definitiva do mérito como critério prevalecente na admissão para o serviço público. Ao contrário, consagra apenas o *locus* empírico privilegiado para os dilemas da ideologia meritocrática no Brasil. (...) No âmbito da política e dos debates no Congresso Nacional podemos encontrar os melhores testemunhos dessa tensão entre um discurso meritocrático e uma prática fisiológica e nepótica, associada à passividade da sociedade civil (Barbosa, 1999, p.52).

Posturas adotadas por Presidentes da República

confirmam este cenário desvalorizador da meritocracia como critério para as admissões ao serviço público. Durante seus mandatos, Gaspar Dutra e Juscelino Kubitschek não permitiram a realização de concursos públicos sob a alegativa de que estes eram “por demais caros”. Em contra partida, junto a João Goulart, estes Presidentes recorreram frequentemente à nomeação de funcionários “extranumerários” e interinos. Segundo a legislação então vigente, estas categorias de servidores, que ingressavam ao Poder Público sem a exigência de concurso, deveriam ter contratação temporária, mas comumente, e mais uma vez aliada à passividade da população civil, estes cargos eram transformados em efetivos.

Atualmente, após a Constituição de 1988, para o ingresso aos cargos iniciais do serviço público, é exigida a execução de concurso. No entanto, existe a modalidade de “cargo em comissão” que permite o ingresso de pessoas ao serviço público sem a necessidade de concurso.

Nos diversos órgãos públicos, os “cargos comissionados” costumam ser aqueles de médio e alto escalão. Há a possibilidade de nomeação de “funcionários concursados” ou pessoas, até então, alheias ao sistema a estes cargos. No Estado do Ceará, o critério magno de decisão fica a cargo do arbitramento do dirigente administrativo do órgão público em questão (Conforme o Art. 8º da lei nº 9.826, de 14/05/1974 – Estatuto dos funcionários públicos civis do Estado do Ceará).

Segundo Barbosa (1999), estas práticas traduzem-se em mecanismos institucionais que fazem da meritocracia não o critério, mas apenas mais um critério de seleção para o ingresso do cidadão ao serviço público.

Ao referir-se às práticas de avaliação e reconhecimento da atuação profissional do servidor público brasileiro com base em um cenário meritocrático, Barbosa (1999, p. 54) expõe o resultado de uma pesquisa realizada

como parte de um projeto de análise cultural de uma empresa estatal tomando, como amostra, 432 questionários respondidos por servidores públicos da administração direta e indireta:

Primeiro, quase todos concordam, em tese, que o desempenho deve ser o principal, se não o único, critério de avaliação dos funcionários. Portanto, do ponto de vista representacional, as pessoas se dizem adeptas de uma meritocracia. Segundo, todos estão insatisfeitos com o atual sistema, pois, além de não funcionar — em muitos lugares está suspenso —, muitas pessoas nem sabem que um dia existiu alguma forma de avaliação. O tipo de sistema de avaliação, o processo, o modo como é realizado, os avaliadores, tudo é criticado. Terceiro, a desconfiança acerca do sistema é total. Ninguém confia nos resultados. Verifiquei que as pessoas normalmente consideram injustos os critérios (79,1%), o mesmo valendo para os avaliadores (50,7%). Em regra, os mais bem avaliados são vistos como apadrinhados, puxa-sacos dos chefes, etc., mesmo que sejam reconhecidos como bons profissionais de alto desempenho. Ou seja, quem não recebe boa avaliação em geral não legitima a boa avaliação alheia. Quarto, descobri que a antiguidade como critério de ascensão vertical é vista como mal necessário por 54,8%, na medida em que corrige as injustiças da avaliação de desempenho. Ao mesmo tempo, é vista como incentivo à acomodação do

funcionário, uma vez que, trabalhando ou não, o funcionário é promovido. Os outros 46% consideram que a antiguidade deve ser valorizada. Mas ninguém a quer fora dos sistemas, o que mostra que 54% desconfiam dos critérios utilizados. Por fim, mas não menos importante, constatei que os chefes não gostam de avaliar por que isso sempre gera insatisfação entre os funcionários. Querendo evitar tensões dessa natureza, eles tendem a avaliar todos positivamente.

Com base na pesquisa apresentada, Barbosa aponta outros dois dos critérios responsáveis pela desvalorização da meritocracia no Poder Público: a antiguidade e as relações pessoais.

A valorização da antiguidade como critério de reconhecimento, pode tornar o funcionário acomodado, pois se empenhando ou não, tendo bons resultados ou não, merecendo ou não, o funcionário é recompensado. Para tanto, basta percorrer o tempo exigido nos regimentos legais.

No entanto, desvalorizar a antiguidade como critério recompensador, pode ser uma maneira de também desvalorizar a experiência que o tempo costuma conferir à atuação profissional dos indivíduos. Barbosa aponta como solução para este impasse, o condicionamento da antiguidade ao bom desempenho.

Quanto à atuação das relações pessoais (a exemplo do nepotismo) como critério de reconhecimento, os dados da pesquisa apresentada atestam a insatisfação do funcionário ao perceber o favoritismo atuando indevidamente nas avaliações de desempenho. Fica clara assim a justificativa para o surgimento de fatores desmotivacionais naqueles funcionários que, de fato, merecem

reconhecimento.

Tratando da falta de aproveitamento deste talento profissional humano no setor público, Cavalcanti (2002, p. 13), tem a acrescentar:

No serviço público é mais difícil de ser alterada esta visão, é mais acentuada a falta da meritocracia, embora existam pessoas abnegadas, que acreditam ter uma missão para cumprir e se dedicam efetivamente, mesmo com baixo salário e outros problemas. Isto é muito bonito, é nobre, mas não é valorizado e chega uma hora em que a pessoa vai se achar ludibriada, pois precisa viver e fica trabalhando e se dedicando mais, enquanto outros são remunerados da mesma maneira sem trabalhar (...). Hoje se está premiando o incompetente, ou seja, a lógica tem que ser mudada, deve receber mais quem apresentar mais resultados. Não apenas resultados financeiros. O retorno deve ser medido de várias outras formas. Devem instituir metas cada vez mais altas para as pessoas chegarem lá. Mesmo sem mudar a lei, considero possível premiar as pessoas, mas é preciso investir renovar e mudar os modelos de gestão administrativa na área pública.

Quando Cavalcanti afirma que “o retorno deve ser medido de várias outras formas”, é possível vislumbrar uma ligação com a teoria das âncoras de carreira, de Schein.

Conforme pôde ser visto, é consenso entre os autores que a ausência de reconhecimento e recompensa que

deveria ser gerada em contrapartida a resultados satisfatórios alcançados, prejudica o estímulo à motivação individual do funcionário no setor público.

No entanto, pode ser citado exemplo de visão meritocrática no Poder Público. Considerando que não existe somente a recompensa financeira como forma de reconhecimento a um funcionário, Ferreira¹ (2004, p. 16), referindo-se ao trabalho de Gestão do Conhecimento na Prefeitura do Rio de Janeiro, afirma:

Sempre que existir alguém capacitado para transmitir determinado conhecimento dentro da prefeitura, não vamos buscar alguém de fora. É uma política de recursos humanos, de se trabalhar numa linha política que não é salário que motiva o funcionário, muito pelo contrário, salário é uma coisa, remuneração é outra e motivação é outra. Pode-se ter profissionais ganhando bem com baixa motivação e, contrário sendo, ter salários nem tão representativos, mas com alta motivação pelo fato de as pessoas perceberem que estão sendo reconhecidas por mérito.

Dessa forma, é possível perceber que, mesmo com um histórico de desvalorização da meritocracia profissional, o Poder Público pode experimentar, com bons resultados, mudanças em suas políticas de gestão de pessoas, onde seja incentivado e enaltecido o bom desempenho profissional.

¹ Administradora Pública, Presidente da Fundação João Goulart (Instituto de Pesquisas em Administração Pública do Rio de Janeiro).

2. O PLANO DE CARGOS E CARREIRAS DO PODER JUDICIÁRIO CEARENSE

O sistema formal de recompensa do Poder Judiciário cearense (PJCe) é regido por leis, resoluções e regulamentos. A análise destes instrumentos legislativos propicia a percepção de formas no sistema de recompensa, nas quais a meritocracia pode vir a ser aplicada. Observando estas leis, resoluções e regulamentos podem ser notadas as intenções formais dos órgãos dirigentes em valorizar o mérito do servidor público, neste caso, o servidor público do PJCe. Quando da realização desta pesquisa, haviam proposições de mudanças na legislação estadual, que impactavam diretamente o sistema de reconhecimento e recompensa do PJCe. Estas proposições reúnem-se sob o título de “Plano de Cargos e Carreiras”.

A Lei nº 12.483, de 03/08/1995, determina que o Plano de Cargos e Carreiras (PCC) do Poder Judiciário cearense objetiva fundamentalmente a valorização e profissionalização do servidor judiciário. Ao descrever a forma como esta valorização será garantida, a lei determina que seja adotado o princípio do mérito para ingresso e progressão na carreira.

Em 29/12/2004, o Governo do Estado do Ceará publicou a lei nº 13.551 com o propósito de reestruturar o PCC destinado aos servidores do Poder Judiciário cearense. Esta lei alterou alguns dispositivos das legislações anteriores que tratavam do PCC (lei nº 12.342, de 28/07/1994 e lei nº 12.483, de 03/08/1995), no entanto, o artigo que descreve a definição (citada acima) para o PCC, não sofreu alteração.

Tratando da recorrente valorização da antiguidade do servidor em preferência de seu mérito como critério de reconhecimento, a lei nº 13.551/2004 determina que o servidor em estágio probatório não poderá ser submetido à

ascensão funcional². Na mesma lei, há ainda a seguinte determinação (art. 2º da lei 13.551, de 29/12/2004):

Findo o estágio probatório do servidor, após a avaliação de desempenho, e adquirida a estabilidade no serviço público, será computado o tempo de contribuição, para efeito de promoção, a partir da data de início do exercício nas funções do respectivo cargo.

Dessa forma, é possível confirmar a ênfase dada ao critério da antiguidade sendo sobreposto ao critério do mérito quando da impossibilidade de ascensão funcional por parte do servidor recém-ingresso no Poder Judiciário cearense. Mesmo havendo mérito por parte deste funcionário, a legislação impede seu reconhecimento através da ascensão funcional.

Dentre outras especificidades a serem atendidas quando da efetivação do PCC, a lei 13.551/2004 determina que, do percentual previsto para progressão, 50% será por desempenho e 50% será por antiguidade.

Logo, a progressão funcional não será um reconhecimento conferido ao funcionário cujo único critério determinante seja a meritocracia. Ainda assim, metade dos servidores enquadrados no percentual previsto para

² Determinação do art. 2º da lei 13.551, de 29/12/2004.

Estágio probatório é o período de três anos “de efetivo exercício no cargo de provimento efetivo, contado do início do exercício funcional, durante o qual é observado o atendimento dos requisitos necessários à confirmação do servidor nomeado em virtude de concurso público” (art. 27, do capítulo VI, do título II da lei nº 9.826, de 14/05/1974, alterado pela lei nº 13.092, de 08/01/2001).

progressão, terão sua ascensão determinada por seu desempenho profissional, teoricamente.

Para a prática da ascensão funcional será necessária a aprovação de um regulamento que, dentre outros objetivos, definirá os critérios integrantes da avaliação do servidor, que propiciará sua ascensão funcional por desempenho. Uma proposta deste regulamento foi elaborada pelas seguintes entidades representativas dos servidores:

- ASPJUC – Associação dos Servidores do Poder Judiciário;
- ASTECE – Associação dos Analistas Judiciários;
- CAJA – Comissão dos Analistas Adjuntos;
- COTEJ – Comissão de Técnicos Judiciários;
- SINCOJUST – Sindicato dos Oficiais de Justiça;
- SINSPOJUCE – Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário.

Em setembro de 2005, houve a publicação de um projeto deste regulamento (publicação feita no sistema de intranet do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, órgão máximo do Poder Judiciário cearense). Quando o Tribunal Pleno (formados pelos desembargadores do Tribunal de Justiça) aprovar este regulamento, o PCC entrará em vigor e passará a atender às resoluções da lei nº 13.551, de 29/12/2004, sendo complementada por este regulamento. Segundo o Jornal Informativo do Servidor do Poder Judiciário (nº 10 - ano 03, publicado em março de 2007, referente ao 1º bimestre de 2007), o Tribunal Pleno ainda não discutiu a aprovação do referido regulamento, fato este que, diante da demora de 17 meses desde a emissão do processo, já gerou reclamação por parte das entidades representativas dos servidores, junto ao Conselho Nacional de Justiça.

Apesar do regulamento ainda não ter sido aprovado, pelo conteúdo proposto em seu projeto foi possível perceber quais critérios as entidades representativas dos servidores consideram ser suficientes para a prática da justa avaliação

de desempenho. São sugeridas ainda, pontuações que objetivam a contagem de “vantagens acumuladas” individualmente pelo servidor. Será através deste acúmulo de pontos que haverá a “concorrência” pela ascensão funcional, a ser disputada entre o funcionário e seus pares localizados no mesmo nível funcional. Os critérios expostos na proposta são:

- Assiduidade do funcionário durante o interstício³. Para a assiduidade integral do servidor, lhe são creditados 30 pontos;
- Disciplina comportamental do servidor durante o interstício. Neste quesito são levadas em conta apenas as infrações disciplinares, tais como repreensão e suspensão funcional. São debitados: 01 ponto por cada repreensão, 02 pontos por censura e 03 pontos por suspensão;
- Grau de escolaridade auferido pelo servidor que for superior àquele exigido para o exercício de sua função. Para citar alguns exemplos: 10 pontos para cursos sequenciais, 15 para graduação, 25 para mestrado, 28 para doutorado e 30 para pós-doutorado;
- Participação em ações de capacitação (treinamentos, congressos, *workshops*, etc.) inerentes ao serviço público. Pontos creditados de acordo com a carga-horária da capacitação, podendo ir de 02 a 20 pontos;
- Participação como instrutor em alguma(s) das ações acima citadas. Pontos creditados de acordo com a carga-horária da instrutoria, podendo ir de 01 a 14 pontos;
- Participação do servidor em ações sociais promovidos pelo Judiciário do Estado;
- Serviço à Justiça Eleitoral;
- Realização de doação de sangue pelo

servidor.

Uma vez observados os critérios propostos para a execução da avaliação de desempenho, pode-se perceber os seguintes aspectos:

- O desempenho funcional (como exemplo: produtividade, atingimento de metas, etc.), propriamente dito, não foi considerado como preponderante para o reconhecimento do servidor na disputa pela ascensão funcional. A proposta analisada sequer cita que a avaliação de desempenho deva identificar os servidores que, de fato, mereçam ascender funcionalmente através de seu reconhecido desempenho funcional;
- A busca por capacitação, que eleve o nível de escolaridade, é desvalorizada em comparação à assiduidade do funcionário. São conferidos 30 pontos ao servidor que simplesmente compareça ao trabalho assiduamente enquanto que, para o servidor que busque sua capacitação em uma graduação ou em um mestrado (por exemplo) são conferidos apenas 15 ou 25 pontos, respectivamente;
- Na descrição dos critérios são valorizadas as ações de capacitação, no entanto não há dispositivos que apontem o aproveitamento destas capacitações para a melhoria do desempenho do funcionário. Segundo os critérios propostos, o simples fato de cursar a capacitação já é suficiente para o servidor acumular pontos e

³ Tempo de serviço, contado em dias, necessário para a habilitação do servidor à ascensão funcional. Por exemplo: Caso o interstício seja de 365 dias (um ano), é neste período que serão levados em conta os pontos acumulados pelo servidor para efeito da concorrência à ascensão funcional.

concorrer à ascensão funcional por desempenho. As ações de capacitação não precisam ser condizentes com a função do servidor, bastando ser referentes ao serviço público;

- A atuação disciplinar do funcionário só é considerada por seu aspecto negativo;
- Há um estímulo à ação social por parte do servidor, no entanto, o desempenho funcional propriamente dito permanece sem ser valorizado;
- Ao creditar valor à prática de doação de sangue como quesito que acrescenta pontos na avaliação de desempenho do funcionário, é percebido um fator discriminatório que deixa em desvantagem aqueles servidores impossibilitados desta prática⁴.

A análise apresentada dos possíveis critérios deste PCC, que poderão determinar a ascensão funcional por

⁴ Pesquisa feita em sites especializados (www.unimed.com.br e www.hospitalsamaritano.com.br) apontam as restrições a serem respeitadas caso um indivíduo deseje efetuar doação de sangue. De acordo com conteúdo científico das fontes citadas, são indivíduos impossibilitados de doar sangue: pessoas que tiverem hepatite, doença de Chagas, tuberculose, malária, AIDS, sífilis, diabetes e crises convulsivas (cont. no próximo rodapé).

Pessoas com peso inferior a 50 quilos, idade superior a 60 anos, e portadores de problemas cardíacos, são impossibilitados de doarem sangue.

Mulheres gestantes, que estão amamentando, ou que tiverem passado por trabalho de parto dentro de um tempo de três meses também não devem doar sangue.

São ainda impossibilitados de doar sangue: pessoas que já usaram drogas injetáveis, que já tiveram relacionamento homossexual, que costumam ter relações sexuais com pessoas desconhecidas, que tenham recebido transfusão de sangue nos últimos 10 anos, que tenham feito tatuagem no último ano, ou que tenham sido operadas nos últimos 6 meses (dentre outras restrições).

desempenho, deixa claro que a meritocracia não será abordada como determinante para resultar em identificação dos indivíduos merecedores de recompensa.

Identificação de frequência assídua ao local de serviço, de participação em cursos, de conclusão de graduações escolares superiores às exigidas para a função profissional, de participação em campanhas de ação social e de doação de sangue (para citar alguns exemplos) não garantem que o servidor está exercendo sua função profissional satisfatoriamente para que lhe seja conferida recompensa através da ascensão funcional por desempenho.

Dessa forma, é possível ser identificados fatores que possam causar desmotivação naqueles funcionários que, de fato, apresentem desempenho funcional satisfatório, mas que, devido aos critérios de avaliação apresentados, não têm seu mérito devidamente reconhecido e recompensado.

Pode-se perceber que os critérios procuram primar pela objetividade no acúmulo de pontos que poderão resultar na ascensão funcional por desempenho (prevista no citado PCC).

Dessa forma, o regulamento proposto prevê um só tipo de “avaliação de desempenho” para todos os servidores, baseada no acúmulo de pontos sem especificidades para as diferentes funções e com critérios que não primam pela meritocracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe uma interação inevitável que um indivíduo a serviço de uma organização demanda: ter seu mérito profissional seguido do devido reconhecimento e

recompensa. Elementos estes que não se traduzem unicamente em retorno financeiro, uma vez que o perfil profissional dos indivíduos é formado por diferentes conhecimentos, habilidades, aspirações e percepções, traduzidas nas diversas inclinações profissionais. Por sua vez, estas particularidades individuais podem vir a ser satisfeitas com o devido tratamento diferenciado para cada inclinação.

Recompensas formais que ofereçam possibilidades de aperfeiçoamento profissional, flexibilidade de carga horária, responsabilidade por tarefas desafiadoras e diminuição da subordinação hierárquica, (para citar apenas alguns exemplos) seriam formas alternativas de reconhecer diferentes pessoas detentoras de diferentes inclinações profissionais. Essas seriam algumas (dentre muitas) formas de oferecer estímulos motivacionais ao servidor que, por ventura, declara-se descrente de seu sistema de reconhecimento.

Interligando esta lógica ao objeto organizacional aqui analisado (o Plano de Cargos e Carreiras – PCC – do Poder Judiciário cearense), uma forma que poderia trazer algum reconhecimento ao servidor profissionalmente merecedor, seria a implantação de um PCC que primasse por padrões técnicos de avaliação do desempenho funcional, assim este plano poderia ser um instrumento a praticar a meritocracia no TJCE.

No entanto, a análise do PCC que poderá vir a ser adotado no Poder Judiciário cearense mostrou que os possíveis critérios que poderão vir a compor a “avaliação de desempenho” do PCC, não contemplarão essa expectativa por uma *real* avaliação de desempenho. Ao considerar somente critérios como assiduidade, disciplina,

aumento da escolaridade, participação em cursos e treinamentos⁵ e atuação em projetos e ações sociais, a “avaliação de desempenho” do PCC não se apresenta de forma eficaz quanto à identificação do servidor merecedor no que se refere a sua produtividade e competência profissional, critérios estes mais adequados quando da adoção de uma avaliação de desempenho voltada para a meritocracia e não voltada para um simples “acúmulo de pontos” conquistados através de ações impertinentes a uma atuação profissionalmente merecedora de reconhecimento e recompensa. Dessa forma, uma alternativa clara para tornar o PCC um instrumento meritocrático é que o mesmo seja guiado por uma avaliação de desempenho que revele o mérito profissional do servidor.

Caso a avaliação de desempenho não seja feita em virtude da necessidade de mão-de-obra para tal prática e/ou devido algum custo que ela possa vir a depreender, vale ressaltar que a não-realização de uma real avaliação de desempenho pode causar o desperdício de mão-de-obra bem qualificada, proveniente de indivíduos merecedores de reconhecimento. Indivíduos estes que, por não serem devidamente reconhecidos pela organização, passam a perceber que esta não valoriza suas boas práticas profissionais e, por conseguinte, os referidos indivíduos podem deixar de ver sentido no ato de se comprometerem com suas funções laborais. Com isso, um custo erroneamente poupado pela não-efetuação da avaliação de desempenho meritocrática, passa a se traduzir numa perda

⁵ Nos critérios em estudo para serem adotados pelo PCC, os cursos e treinamentos bastam serem inerentes ao Poder Público para poderem ser considerados válidos para a avaliação. Ou seja, não se exige que estes instrumentos sejam referentes à suas práticas funcionais e nem se procura garantir que os mesmos vieram a acrescentar positivamente em sua produtividade.

de qualidade por parte do recurso mais valioso da organização: seu servidor merecedor de reconhecimento profissional. Nesta dinâmica, o Poder Público perde e, por conseguinte, a sociedade também.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Livia. **Igualdade e Meritocracia – A ética do desempenho nas sociedades modernas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999. _____ . Entrevista com a Profª. Lívia Barbosa. **Talentos e Resultados**. Mar. 2003. Disponível em <<http://www.talentoseresultados.com/materiac.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2007.
- CAJA; COTEJ; SINCOJUST; ASPJUC; ASTECE; SINSPOJUCE. **Projeto de regulamentação de progressão e promoção funcional dos servidores do poder judiciário**. 8. ed. Fortaleza, 2005.
- CAVALCANTI, Marcos. Entrevista com Prof. Marcos Cavalcanti. **Talentos e Resultados**. Rio de Janeiro, set. 2002. Disponível em <<http://www.talentoseresultados.com/materiaa.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2007.
- CEARÁ. Consolidação do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Ceará. Lei nº 9.826, de 14 de maio de 1974. Aprova o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado. **Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Ceará**. Fortaleza: INESP, 2001.
- CEARÁ. Lei nº 12.483, de 03 de agosto de 1995. Dispõe sobre a organização administrativa do Poder Judiciário Estadual, define as diretrizes gerais para sua Reforma e Modernização Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Ceará**. Fortaleza, Ceará, 11 ago. 1995. Disponível em <<http://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis95/12483.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2007.
- CEARÁ. Lei nº 12.342, de 28 de julho de 1994. Institui o Código de Divisão e de Organização Judiciária do Estado do Ceará. **Diário Oficial do Estado do Ceará**. Fortaleza, Ceará, 03 ago. 1994. Disponível em <<http://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis94/12342.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2007.
- CEARÁ. Lei nº 13.551, de 29 de dezembro de 2004. Altera dispositivos das Leis n.ºs. 12.342, de 28 de julho de 1994, e 12.483, de 3 de agosto de 1995, reestrutura o Plano de Cargos e Carreiras dos Servidores do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Ceará**. Fortaleza, Ceará, 29 dez. 2004. Disponível em <<http://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2004/13551.htm>>. Acesso

em: 25 fev. 2007.

DEEPROSE, Donna. **Como Valorizar e Recompensar seus Funcionários**. Rio de Janeiro: Campus, 1995.

DUARTE, Geraldo. **Dicionário de Administração**. 2ª ed. Fortaleza: CRA/CE e Realce, 2005.

FERREIRA, Dalila de Brito. Entrevista com Dalila de Brito Ferreira. **Talentos e Resultados**. Rio de Janeiro, mai. 2004. Disponível em <<http://www.talentoseresultados.com/materiag.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2007.

LAWER III, Edward. Sem medo da estabilidade. **HSM Management**. São Paulo: Savana, n.10, p.12 – set / out. 1998.

TECHIMA, Débora Akemi; TSUJIMOTO, Eliane Akie; SILVA, Giselle Mendes. Âncoras de carreira e voluntariado: Análise do perfil e motivação de voluntários. In: Seminários de Administração (SEMEAD), 7., 2004, São Paulo. **Anais eletrônicos...** São Paulo: FEA-USP, 2004. Disponível em <http://www.ead.fea.usp.br/Semead/7semead/paginas/artigos%20recebidos/RH/RH04_-_C2ncoras%20de%20Carreira.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2007.

ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DEMOCRÁTICO-PROCESSUAL DO FORMALISMO-VALORATIVO

Thiago Cordeiro Gondim de Paiva

Advogado Militante no Estado do Ceará, com Graduação pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Pós-Graduando pelo Curso de Especialização em Processo Civil e Gestão de Processo da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC).

“Get up, stand up: stand up for your rights!”

(Trecho da Música “Get Up Stand Up” de composição de Bob Marley e Peter Tosh)

RESUMO: O presente artigo propugna analisar o Princípio da Cooperação sob a nova orientação democrática do Formalismo-Valorativo, teoria desenvolvida pelo gaúcho Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e sua necessária ingerência no Processo Civil Contemporâneo, como ferramenta de efetivação do Estado Democrático de Direito, pautado na defesa dos Direitos Fundamentais. Para tanto, o mesmo será desenvolvido em duas partes. Na primeira discorrer-se-á sobre bases teóricas do Formalismo-Valorativo, como novo modo de se vislumbrar o processo civil. Já na segunda refletir-se-á sobre algumas situações procedimentais, valendo-se do Princípio da Cooperação como lente maximizadora de justiça. Sendo o modelo de processo cooperativo aquele construído através do diálogo judiciário, da boa-fé, da colaboração e da lealdade entre as pessoas que participam do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Cooperação. Formalismo-Valorativo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Processo Civil e Estado Constitucional: Formalismo-Valorativo. 3. Aspectos procedimentais do Princípio da Cooperação sob o enfoque do Formalismo-Valorativo. 3.1. Formação do Objeto Litigioso. 3.2. Organização do Processo. 3.3. Decisão. 3.4. Sistema Recursal. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1. Introdução

No presente trabalho abordar-se-á o marco teórico do Formalismo-Valorativo, tese desenvolvida pelo professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, como uma nova visão para efetivar os princípios constitucionais do processo civil, coadunados com a efetivação dos Direitos Fundamentais, da Democracia Participativa.

O Processo Cooperativo, no qual há a necessidade da existência da colaboração como pauta-de-conduta constante, deve informar o novo modelo de processo do Estado Constitucional. Pois, resta imperativo, que a maneira como o processo se organiza internamente e as formalidades necessárias observem os valores elegidos pela sociedade, decorrentes da organização política do Estado, assim como, da teoria do direito que o orienta.

É nesse diapasão que o Princípio da Cooperação aparece para o Processo Civil, aproximando-o mais do ideal de Processo Civil Constitucional, embasado no Estado Democrático de Direito e nos Direitos Fundamentais.

2. Processo Civil e Estado Constitucional: Formalismo-Valorativo

O Processo Civil de hoje, não mais como antigamente,

deve ser encarado como uma manifestação cultural do ser humano e da sociedade que lhe abarca. É verdade que o direito processual tem uma estruturação técnica, sendo essencial essa organização dos atos processuais para a solução do conflito posto, mas certo, também, é a existência do elemento cultural, decorrente do fato de ser uma ciência humana própria, de um formalismo que tem por objetivo maior atingir a justiça no caso concreto.

Sendo assim, não se pode concordar com um rigor formal exagerado, excessivo, que elida a justiça, o exercício da democracia, o Contraditório, o Devido Processo Legal Substantivo, ou mesmo, qualquer dos Direitos Fundamentais.

Asaber, as bases do processo civil, enquanto disciplina autônoma, foram desenvolvidas no período do processualismo, também denominado “conceitualista” ou “autonomista”¹, dentro do pensamento hermenêutico da escola da jurisprudência dos conceitos. Nesse contexto, o desenvolvimento dos mais diversos institutos processuais (litispendência, preclusão, prescrição, oposição, revelia, coisa julgada *et coetera*) havia tomado por completo a atenção dos processualistas da época que estavam ávidos em praticar uma ciência pura. Fato que isolou o direito processual civil do direito material e da realidade social.

Nos dias de hoje, em virtude do Estado Constitucional e da necessária proteção dos Direitos Fundamentais, o direito processual civil, sem se descuidar da técnica e da dogmática alcançada, deve atendimento à realização do direito material, sempre atento às necessidades sociais,

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, 3. ed.. São Paulo: Malheiros. 2003. v. 1. p. 255.

econômicas e políticas do nosso tempo.

Essa idéia decorre da revolução hermenêutica pautada no acesso à justiça e que conduz à resolução judicial e satisfatória do conflito². Ao juiz, não é mais permitido aplicar eventuais dispositivos injustos, a pretexto de estar meramente cumprindo lei, devendo este agir como um verdadeiro agente de pacificação social.

Tem-se, dessa forma, que o processo civil vem incorporando, cada vez mais, o modo-de-pensar constitucional, propiciado pela nova teoria da norma jurídica de Robert Alexy³, que distingue regra de princípios e propõe a regra da proporcionalidade e suas sub-regras, como meio de ponderação e interpretação das normas, orientando-se, dessa forma, pela efetivação dos Direitos Fundamentais.

Informando-se por essas perspectivas, tem-se no processo uma necessária dimensão participativa dos sujeitos processuais visando à equidade, na acepção de justiça do caso concreto, a ser atingida. O formalismo processual ideal, então, deve encerrar justo equilíbrio entre as posições jurídicas do autor, réu e juiz, para cuja solução concorrem argumentativamente, no constante exercício do contraditório. A Democracia Participativa sugere a conformação do processo como um *locus* argumentativo e manifestação direta do exercício de poder pelo povo, representado aqui por postulante e postulado.

Daí se depreende a idéia de formalismo-valorativo, como o formalismo que estrutura o processo a partir dos

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 3. ed.. Coimbra: Almedina. 1999.p. 239-241.

³ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*. (Traduzida para o português por: DA SILVA, Virgílio Afonso, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1. ed.. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 85-116).

valores aquilatados constitucionalmente. Desta feita, deve o operador do direito valer-se da equidade, justiça lealdade, boa-fé, segurança e efetividade como bases axiológicas para a elaboração e aplicação da técnica e da dogmática processual.

Colaciona-se, por inteiramente pertinente, a lição de Ascarelli:

Ao ser elaborada a norma legal, surge essa exigência de certeza e de segurança em perene contraste com as não menos justificadas exigências de equidade, da justiça no caso concreto, contraste que o Direito supera nos diferentes casos segundo as diversas exigências dos diversos institutos.

Esse contraste de equidade e de certeza se encontra também, a cada passo, na interpretação da norma e nas sempre renovadas discussões metodológicas e exprime, aliás, o contraste entre a justiça do caso singular e a generalidade da norma, entre a discricionariedade do juiz e o poder do legislador.⁴

3. Aspectos procedimentais do Princípio da Cooperação sob o enfoque do Formalismo-Valorativo

O Princípio da Cooperação não mais permite ao juiz trabalhar somente como porta voz de um enunciado textual do qual, a mercê da exegese e da argumentação, não seria

⁴ ASCARELLI, Túlio. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969, p. 4.

possível obter todos os critérios para a prática da atividade judicante. Nem, tão pouco, é o Juiz um “super-partes”, detentor único da verdade. Deve, então, o magistrado procurar compreender o fenômeno jurídico através do diálogo entre os litigantes, oportunizando, dessa forma, a cooperação dos cidadãos no e para o exercício do poder estatal.

3.1. Formação do Objeto Litigioso e o Instituto da Revelia

Pelas bases hermenêuticas do formalismo-valorativo, o processo Civil ganha escopo cooperativo quando todas as pessoas envolvidas no litígio podem oferecer sua contribuição para a melhor delimitação do objeto litigioso, assim, pois, quando o juiz, antes do indeferimento da inicial, oportuniza o diálogo ao autor para sanar eventuais defeitos, irregularidades ou omissões, possivelmente sanáveis, intimando-o para emendar a inicial. Depara-se, portanto, com a necessária e constante participação das partes para a construção de uma relação processual estabilizada e delimitação do objeto jurídico.

Sob a ótica da cooperação, questão mais sensível e complexa diz respeito à revelia, pois o nosso legislador dispensou tratamento deveras rigoroso para com o revel, fazendo presumirem-se verdadeiras as alegações do autor, excluindo, ao revel, a comunicação dos atos processuais posteriores, possibilitando o julgamento antecipado do pedido e não prevendo remédio processual específico de que esse possa se valer.

Nos moldes do processo civil cooperativo, em que se privilegia o debate processual, melhor seria se considerarem fictamente contestadas as alegações de fato postuladas pelo demandante, constringendo as parte ao, ainda que ficto,

diálogo judicial sobre o objeto da demanda, inclusive com a conseqüente distribuição paritária das provas.

3.2. Organização do Processo

Realizada a fase inicial do procedimento, segue-se para a fase de organização do processo, momento em que se busca eliminar eventuais vícios ou nulidades, que possam vir a impedir o deslinde final do mérito *sub oculi*, prejudicando o resultado natural da demanda e comprometendo a credibilidade das pessoas no judiciário.

Ainda dentro dessa fase, delimitam-se as questões controvertidas, os fatos a serem provados e a responsabilidade, sempre que possível, pelo ônus de cada prova. Sendo esse ponto ainda muito polêmico na doutrina e na jurisprudência.

Numa estrutura cooperativa, o ideal é que toda essa atividade seja realizada mediante debate entre os sujeitos atuantes no processo, em busca de uma distribuição dinâmica, segundo a possibilidade probatória de cada parte.

Quando da organização retrospectiva do material do processo, momento em que se analisa a existência de quaisquer defeitos que possam atrasar ou impedir a resolução do mérito, deve o magistrado se esmerar em e empregar esforços para, quando possível, salvar o processo, evitando se utilizar, de pronto, da extinção sem julgamento do mérito, e devendo aquilatar as invalidades dos atos processuais caso a caso, oportunizando à parte se manifestar sobre o problema.

Agindo dessa forma, o magistrado reverencia além da Cooperação, o Contraditório, assim como, o Devido Processo Legal Substantivo, e, ainda, num plano político, a Democracia Participativa. Dessa forma, possibilita-se que

a parte tenha participação efetiva no deslinde do processo e não lhe restrinja a simples posição de espectador.

Ainda, neste momento de organização processual, ganha relevo, com o fito de atender a justiça do caso concreto, a orientação que propugna o dever de dinamizar o ônus da prova, repartindo equitativamente o encargo probatório. Esse expediente, mesmo abrindo margem ao subjetivismo e se mostrando um tanto quanto perigoso, encontra eco na idéia de processo civil cooperativo, pautando-se na escorreita observação dos deveres de cooperação na esfera do processo civil, em especial, do órgão jurisdicional para com as partes. Agindo assim o magistrado distribui o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de produzi-la, evitando, a existência de “prova diabólica”, seja essa direta ou reversa.

3.3. Decisão

O formalismo-valorativo, direcionado pelo princípio da cooperação, sendo esse decorrente da nova visão constitucional do contraditório e do devido processo legal, em especial no que tange a feição substantiva, conduz a necessária participação de todos os sujeitos processuais na construção do resultado final do processo.

Deve, sob esse prisma, o julgador, na fundamentação de sua decisão, declinar as razões que lhe fizeram chegar àquele deslinde. Tendo, ainda, por obrigação, analisar os argumentos levantados pelas partes, recepcionando-os e afastando-os, dentro de uma dinâmica motivacional.

Ou se já, deve o magistrado, tomando parte no diálogo judicial, motivar sua decisão de forma suficiente a fim de que reste claro para as partes litigantes quais dos argumentos levantados informaram o juiz a se orientar por

aquela decisão proferida, motivando, ainda, da mesma forma, os argumentos rejeitados, pois, vislumbra-se essa motivação como direito subjetivo das partes e “manifestação última do contraditório”⁵, tanto é assim, que em caso de omissão, cabíveis se tornam os embargos de declaração.

Agindo dessa maneira se prestigia a segurança e a efetividade e atinge-se, além do interesse das partes, o interesse público. Já que, o debate judicial amplia o quadro de análise, constrange ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a construção de uma decisão mais ponderada.

Constata-se, portanto, um nexos inarredável entre a cooperação, a inafastabilidade da jurisdição, o direito fundamental ao contraditório e o dever de fundamentar as decisões judiciais.

3.4. Sistema Recursal

O direito recursal, como campo fértil de exigências formais, merece uma atenção especial na observância da cooperação para os fins de justiça processual, tanto no que tange ao juízo de admissibilidade como no que tange ao juízo de mérito propriamente dito.

O juízo de admissibilidade, como questão preliminar, compreende o atendimento de requisitos intrínsecos e extrínsecos, havendo o modo próprio de exercer o direito de recorrer e as situações em que esse direito pode ser exercido.

⁵ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 290-295.

A doutrina brasileira tem se perfilhado no sentido de que não há razão para decretar-se qualquer invalidade processual sem a demonstração do não preenchimento da finalidade legal do ato processual e sem a demonstração de prejuízo atendível aos interesses das partes⁶.

Situação que já foi enfrentada pelo STJ e resolvida nos moldes do Princípio da Cooperação tendo, inclusive, sido citadas no acórdão condutor, de lavra da Exma. Sra. Ministra Nanci Andrichi, no Resp. nº 901.556-SP, as bases teóricas do Formalismo-Valorativo, como a possibilidade, reconhecida pelo Superior Tribunal, de interposição de recurso de agravo de instrumento, através de fac-símile, sem a necessidade de no fax se juntar toda a documentação pertinente, possibilitando, a quem interpõe, a juntada da documentação completa apenas quando do envio do original.

Para fins de ilustração, eis o trecho do voto condutor:

“O formalismo processual não pode ser interpretado de maneira desvinculada de sua finalidade, que é a garantia de um processo justo, célere, prático e desenvolvido em paridade de armas. Apoiando-se na autoridade de MAURO CAPELLETTI, CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA afirma que só é lícito pensar no conceito de formalismo *‘na medida em que se presta para a organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do*

⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie, *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o Juízo de Admissibilidade do Processo*. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 29-30.

processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão'. (‘O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo’, Revista de Processo 137, págs. 7 a 31, esp. Pág. 13). Assim, o juiz não está autorizado a interpretar a lei processual de maneira a dificultar que se atinja uma solução para o processo se há, paralelamente uma forma de interpretá-la de modo a se chegar a tal solução.”⁷

Ainda, no que atine à regularidade formal do instrumento recursal, duas questões se apresentam relevantes: a necessidade de demonstração da repercussão geral da matéria para a admissão do recurso e a necessidade de formação de instrumento próprio com a necessária juntada de documentos obrigatórios.

Quanto ao primeiro ponto, o magistrado, responsável pelo juízo de admissibilidade, antenado com a perspectiva constitucional do processo, deve analisar se existe no processo não um ponto específico de repercussão geral, mas se a idéia foi debatida nos autos e bem desenvolvida no corpo da petição, não necessitando para tanto que haja na estrutura metodológica da petição tópico específico. O que realmente interessa saber é se, pela forma como foi redigido e organizado o recurso, a relevância e a transcendência da questão levada à baila foram expostas

⁷ STJ, Resp. nº 901.556 – SP. Relatora: Ministra Nanci Andri ghi. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamento: 21/05/2008. Data da Publicação / Fonte:

pelo recorrente, ainda que sem o destaque exigido pela legislação.

Já em relação aos recursos que exigem a formação de instrumento próprio para o seu processamento, entende-se ser contrário ao sistema colaborativo não se conhecer do recurso em face de formação insuficiente de instrumento, devendo, aqui, a parte ser intimada para emendar o recurso, caso contrário, restar-se-ia supervalorizado o formalismo em detrimento da verdade real, da equidade, da paz social e da justiça do caso concreto. Tem, portanto, o órgão jurisdicional cooperativo o dever de prevenir as partes do risco do direito afirmado em juízo restar frustrado em face do uso inadequado do processo. Podendo, a parte, em caso de decisão que inadmite recurso de agravo de instrumento, por defeito na formação do instrumento, valer-se de embargos de declaração por ter o julgador se omitido de dar oportunidade da regularização desse instrumento, quando não justificado na decisão a motivação dessa omissão. Fundamento essa reflexão na otimização do Contraditório no processo civil moderno.

Como finaleira consideração, pelos mesmos argumentos, acredita-se que deve igualmente agir o magistrado, quando da eventual falta ou incompletude do preparo recursal, devendo-se intimar a parte para complementá-lo.

4. Considerações Finais

Foi intento do presente trabalho tecer alguns comentários acerca desse novo modo de enxergar o Direito Processual Civil, o Formalismo-Valorativo. Modelo esse que objetiva aproximar o processo civil do direito material, e, ambos, da atual hermenêutica constitucional, pautada na

proteção dos Direitos Fundamentais.

Pressupõe-se que o direito processual transcende à dogmática e à técnica puras, estando, na verdade, determinado pelos aspectos sociais, econômicos, culturais e políticos de um povo historicamente situado no tempo e espaço.

Partindo-se dessa perspectiva, elegendo o Estado Constitucional Democrático de Direito, fundamentado pela proteção dos Direitos Fundamentais, desenvolveram-se contornos teóricos sobre o tema, bem como reflexões sobre situações procedimentais, chegando-se a conclusão de que diante da atual conjuntura teórica dos direitos fundamentais, há a necessidade de uma releitura dos antigos dogmas, assim como de uma flexibilização das leis, diante da ponderação dos princípios, pela Regra da Proporcionalidade, fazendo prevalecer o Princípio da Cooperação, e não mais, simplesmente, subsumindo o magistrado às regras.

5. Referências

ALEXY, Robert, **Theorie der Grundrechte**. (Traduzida para o português por: DA SILVA, Virgílio Afonso, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1. ed.. São Paulo: Malheiros. 2008.).

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 3ª edição. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **A Efetivação das Sentenças sob a ótica do Formalismo-Valorativo**. Tese do Doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre 2006.

AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

ASCARELLI, Túlio. **Teoria Geral dos Títulos de Crédito**. 2ª ed., São

Paulo, Saraiva, 1969.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**.

6. ed. rev., atual. e ampl. 4ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*.

Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr/jun 2005.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Do País Constitucional ao País Neocolonial – A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Teoria do Estado**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1983.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 3. ed.. Coimbra: Almedina. 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

CORRÊA. J. Rossini. **Crítica da razão legal**. Rio de Janeiro: América

Jurídica, 2004.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

_____. **Constituição e Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo**. Artigo disponibilizado na Rede Mundial de Computadores.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, **Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o Juízo de Admissibilidade do Processo**. São Paulo: Saraiva. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, 3. ed.. São Paulo: Malheiros. 2003. vls. 1-3..

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

GOMES, Orlando. **A Caminho dos Micro-sistemas**. In: Novos Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERSONI, Angelo Junqueira. **Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual**. Dissertação de Mestrado. UFPR. Curitiba. 2006.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**. São Paulo: RT, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

_____. (Coord.) **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5.

ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007.

_____. Princípio da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1996, nº 82, p. 75.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KANT, Imanuel. **La Metafísica de las costumbres**. Tradução de Adela Cortina Orts. 2. ed. Madrid, Tecnos, 1994.

KASPER, Wolfgang. **Economic Freedom & Development - An essay about property rights, competition, and prosperity**. New Delhi, India: Centre for Civil Society. 2002.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fortes, 2003.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Campinas: Editora Minelli, 2003.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira**. Fortaleza: ABC, 2001.

_____. **Fundamentos do Processo Constitucional** – sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOBO, Paulo Luis Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação legislativa**. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos Humanos do Devedor. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro, 2001.

MEIRA, Silvio. **O Instituto dos Advogados Brasileiros e a Cultura Jurídica Nacional**. In: O Direito Vivo. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 1984.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomos I a VI, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MITIDEIRO, Daniel. **Bases para a construção de um Processo Civil Cooperativo**: O Direito Processual no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo. Tese do Doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Quem é o Povo?** 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Dez propostas para a reforma do judiciário na República Federativa do Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 3, 2005.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, a. 34, n. 135, p. 185-190, jul./set., 1997.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. RT 845. São Paulo: RT, 2006.
- SEN, Amartya, **Development as Freedom**, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- SIEYES, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa** (*Qu'es-ce que le tiers etat?*). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1997
- SILVA NETO, Manoel Jorge. **O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional**. São Paulo: LTr, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **O Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: RT, 1994.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, **Omissão Judicial e Embargos de Declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

DA CORREÇÃO DAS DESEQUIPARAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Paulo Francisco Banhos Ponte

Procurador de Justiça

Professor da Faculdade de Direito da UFC

1 – A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E SEGURANÇA JURÍDICA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

É de sabença comezinha que a morosidade do Poder Judiciário na prestação da tutela jurisdicional efetiva às partes é um problema recorrente. Atualmente, há uma tendência do legislador em reconhecer que a solução do dilema caminha lado a lado da diminuição das formalidades processuais, as quais paulatinamente vêm sendo reduzidas ao indispensável, privilegiando-se a instrumentalidade das formas, ao passo que os direitos fundamentais à duração razoável do processo e à segurança jurídica inexoravelmente elevam-se a um patamar de excelência.

Com efeito, importante destacarmos que a essência dos direitos fundamentais repousa na limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado. Na visão de Araújo e Nunes Júnior (2005:109-110) tais direitos possuem a finalidade precípua de proteger a dignidade humana em todas as suas dimensões, atraído para si um caráter polifacético, porquanto resguardam o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e solidariedade).

Sob tal prisma, o Texto Constitucional positiva ao longo do seu art. 5º os diversos institutos que irradiam cariz material ao princípio da segurança jurídica, tais como o respeito aos direitos adquiridos, o devido processo legal, a irretroatividade da lei, entre outros.

No que tange ao direito fundamental à duração razoável do processo, corolário lógico de outra garantia prevista na Constituição, qual seja, a inafastabilidade do acesso ao Judiciário, somente a partir da Emenda 5/2004 é que tal princípio tornou-se expresso em nosso ordenamento, atendendo, sobretudo aos anseios de uma sociedade globalizada cuja explosão de pleitos reclama resposta jurisdicional efetiva, incompatível com a morosidade e os anacronismos burocráticos ainda tão presentes no âmbito do Poder Judiciário.

A celeridade processual e a segurança jurídica aparentemente despontam como elementos opostos, abonando tal pensamento, Carnelutti¹ já assinalava que “se a justiça é segura não é rápida, se é rápida, não é segura”. Todavia, a excessiva demora, em prol de uma decisão idealmente segura, traz consigo um menor grau de qualidade na tutela estatal, haja vista que, ao se ultrapassar a duração razoável do processo, circunstâncias fáticas e jurídicas modificadas pelo decurso do tempo, tais como o conflito de leis e a criação de novos institutos, impedirão que o julgador solucione a lide com justiça e segurança.

A prestação da tutela jurisdicional intempestiva gera

¹ Carnelutti, Francesco. *Diritto e processo*. Nápole: Morano, 1958, p. 154 *apud* Tucci, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 27.

incredibilidade na justiça e tensão social, retratando a falsa idéia de que segurança jurídica significa eternização no processamento das demandas e que celeridade processual é sinônimo de precipitação.

Normal é, portanto, que a trajetória da celeridade processual esteja intimamente atrelada com a busca da segurança jurídica. O equilíbrio entre esses dois princípios, mister do operador do Direito, proporcionará aos litigantes a pacificação social que uma solução justa, útil e eficiente é capaz de oferecer. Tal fluxo de ideias, nas palavras de Tucci (1997:14-15), retrata a famosa advertência, atribuída ao antigo Conselheiro De La Bruyere, de que “a demora na administração da Justiça constitui na verdade pura denegação de Justiça!”.

2 – A SEGURANÇA JURÍDICA COMO VALOR MORAL

A ordem e a segurança que da Justiça deriva constitui, em qualquer caso, uma finalidade básica e fundamental para o Direito. A segurança gerada por um sistema jurídico garante certo nível de autonomia a todos que a ele estão submetidos. Tal autonomia consiste na capacidade do indivíduo orientar significativamente sua vida de acordo com suas próprias decisões.

O Direito gera aos seus destinatários a capacidade para prever as consequências de seus atos, o que é possível, na ótica de Fuller (1969:33) quando as normas jurídicas são, de certa maneira, públicas, gerais, claras, estáveis, de possível cumprimento, irretroativas e não contraditórias, e quando os encarregados de sua aplicação o fazem de maneira consistente e regular.

Tais elementos constituem, segundo o citado autor, a moral interna do Direito, a qual consiste no conjunto de

qualidades formais cuja ausência torna impossível criar ou manter um sistema jurídico. A transgressão em bloco de tais exigências implica, necessariamente, na negação do sistema jurídico em absoluto, sendo imperioso concluir que o respeito à moral interna do Direito conduz à própria segurança jurídica.

O valor moral intrínseco na noção de segurança jurídica, conforme adverte Garzón Valdés (1993:301-315), torna-a incompatível com a violação da equidade, esta entendida como o respeito incondicional à dignidade da pessoa humana. A denominada “tese da predisposição ou incompatibilidade” defendida por Fuller (*op.cit.*:158) sedimenta tal entendimento por meio de três argumentos básicos.

O primeiro argumento enuncia que a História não oferece exemplos de compatibilidade entre o respeito à moral interna do direito e as graves violações da chamada justiça material.

A segunda idéia repousa no antagonismo entre precisão e injustiça: a consecução de fins injustos através de normas justas é manifestamente impossível, dado que se as normas são precisas, tal como exige a moral interna do Direito, tenderão a ser materialmente justas ou, no máximo, poderão gerar injustiça somente até certo grau.

Por último, vem o argumento da publicidade: a necessidade de que as normas sejam públicas orienta o legislador a fazer justiça, porquanto este fica obrigado a tornar explícitos seus fins ante os destinatários daquelas, que terão o exato conhecimento da intenção do órgão legiferante, dispondo de meios para controlar sua atuação, realidade hoje presente na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais.

Observe-se ainda, que o valor moral aqui atribuído à

segurança jurídica relaciona-se também com a idéia de justiça formal, a qual se traduz na aplicação consistente e regular das normas jurídicas vigentes. Ao se respeitar as expectativas criadas pela existência de normas materialmente justas que depois serão aplicadas de um modo formalmente justo, a capacidade de previsão dos indivíduos acentua-se, favorecendo a sua autonomia, acalorando, por conseguinte, o ideal da segurança jurídica.

3 – O PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE

Em homenagem ao postulado da segurança jurídica, o Legislador Constituinte houve por bem assinalar na Lei Maior o princípio da colegialidade, o qual deve ser entendido como um mandamento constitucional implícito, conseqüente dos princípios do juiz natural e duplo grau de jurisdição, cuja essência assenta-se na necessidade de toda questão submetida ao crivo de um sentenciante monocrático ser também passível de análise pelo colegiado.

A Carta Magna estabelece a composição colegiada dos tribunais, prevendo como juiz natural da causa aquele que a lei determina. Nos julgamentos monocráticos previstos pelo Código de Processo Civil, o relator é o juiz natural do recurso, no entanto, ante a sistemática constitucional, pode-se afirmar seguramente que o juiz natural nestes casos é o próprio órgão colegiado que delega sua competência ao relator.

Na esteira dessa previsão, deve haver uma maneira do jurisdicionado buscar a última palavra do colegiado, daí porque todo e qualquer decisório gera às partes interessadas o direito de ter tal provimento revisto pela Câmara ou Turma, por meio da interposição de recurso

próprio junto ao respectivo tribunal.

Para Talamini² a atividade isolada do membro de um Tribunal só é legitimada no plano constitucional quando as partes dispõem de mecanismos que lhes permitam levar as decisões individuais do relator ao órgão colegiado. Segundo o autor esta é uma maneira de conferência, por parte do órgão colegiado, do desempenho do relator quando da prática dos atos que lhes foram delegados pelo Tribunal.

A Jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores também reconhece a importância do princípio, afirmando que este constitui uma “garantia fundamental do processo que visa neutralizar o individualismo das decisões”³ e que a delegação de competência de julgamento do recurso para o relator não transgredir o referido princípio, desde que assegurada a faculdade da revisão da decisão monocrática pelo colegiado⁴.

Dessarte, as recentes mudanças na legislação processual civil apontam para uma progressiva relativização do princípio da colegialidade. Tal tendência deve-se ao acúmulo de processos nos pretórios pátrios, fruto do excessivo número de recursos que ali tramitam.

A delegação de competência do colegiado para o

² Decisões individualmente Proferidas por Integrantes dos Tribunais: Legitimidade e Controle (Agravo Interno)”, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 10.352/2001*; São Paulo : RT, 2002.

³ STJ, 1ª T, AgRg no Ag 556508/TO, Min. Rel. Luiz Fux, j. 26/04/2005, DJ 30.05.2005, p.216.

⁴ STF, Pleno, Min. Rel. Celso de Melo, MS-AgR 24542/DF, j.27/08/2004, RTJ 193/324.

relator nas hipóteses previstas em lei surge como um expediente apto a desafogar as pautas de julgamento das sessões colegiadas, fazendo com que nelas aporem apenas as questões de maior relevância, reafirmando, por conseguinte, a jurisprudência dominante na Corte, a qual passará a ser aplicada *in continenti* nos julgados monocráticos, trazendo maior celeridade e segurança jurídica ao jurisdicionado.

4 – A TENDÊNCIA DE UNIFORMIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A concretização do princípio da segurança jurídica, celeridade processual e isonomia é o que efetivamente busca o ordenamento jurídico ao prever a existência de vários mecanismos que visam a uniformizar a Jurisprudência, por meio da eliminação de decisões divergentes versando sobre a mesma controvérsia jurídica.

As benesses advindas desse proceder tornam a aceitação e o entendimento das decisões do Poder Judiciário cada vez mais acentuados no seio da sociedade, a resultar numa sensível melhora na qualidade da prestação jurisdicional, com tempo e custos reduzidos.

A coexistência de julgados diferentes acerca da mesma controvérsia jurídica gera insegurança e abala a credibilidade do Estado-Juiz. Apesar de ser hipoteticamente acertado afirmar que não existe uma única resposta jurídica correta, a aceitação social das decisões do Judiciário depende, sem dúvida, da aplicação de um critério jurídico único para os casos semelhantes. A tarefa maior do intérprete, após o adequado debate, é eleger a melhor resposta possível para o conflito, aplicando-a, posteriormente, em situações semelhantes.

Nessa senda, convém assinalar que a Uniformização da Jurisprudência é imposta por normas constitucionais e infraconstitucionais, as quais afastam a arbitrariedade do órgão julgador, garantindo ao jurisdicionado que a sua demanda terá uma solução qualitativamente igual às demais de seu gênero e espécie.

Nesse passo, cumpre-nos analisar doravante três dos principais instrumentos de superação das desequiparações ilegítimas.

4.1- A AMPLIAÇÃO DOS PODERES DO RELATOR – ART. 557 CPC (LEI 9756/98)

A nova redação conferida pela lei 9756/98 ao art. 557 do Código de Processo Civil representa uma conquista de toda a comunidade forense, haja vista materializar o prestígio da jurisprudência dominante nos pretórios superiores e locais, atribuindo agilidade aos procedimentos, sem o comprometimento do princípio constitucional da segurança jurídica.

Segundo Dinamarco,⁵ a aludida alteração “representa uma escalonada que vem da colegialidade quase absoluta e aponta para a singularização dos julgamentos nos tribunais”. Na ótica de Puoli (2001:199) o legislador passou a acenar com a possibilidade de julgamentos monocráticos, os quais, a despeito de serem mais rápidos, não perderão no quesito segurança, porquanto a lei só permite ao julgador agir de tal forma nas hipóteses em que já se tenha posição sedimentada no mesmo sentido

⁵ O relator, a jurisprudência e os recursos, in colet. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr., Ed. RT, 1999, p. 131.

em enunciado de súmula do tribunal, ou, pelo menos, em jurisprudência dominante da própria corte ou de tribunal superior.

Sem a necessidade de submeter à apreciação do recurso ao órgão colegiado, a parte interessada poderá ter sua sublevação decidida monocraticamente pelo relator, o qual poderá negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado, ou em contrariedade com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

O permissivo legal também impõe ao julgador o dever de dar provimento ao agravo se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A do CPC).

Portanto, o relator além do juízo de admissibilidade, passa também a ter o exercício do juízo de mérito. A par disso, em respeito ao princípio da colegialidade, a lei colocou a disposição do interessado a possibilidade de, através do agravo inominado previsto no §1º do art. 557, provocar a confirmação da decisão do relator perante o juiz natural do recurso, qual seja, o órgão colegiado respectivo.

O elastério dos poderes do relator nos julgamentos monocráticos é, sem dúvida, um mecanismo hábil a diminuir a pleora de processos que se acumulam nos tribunais, porquanto possibilita o estabelecimento de um parâmetro de decisão confiável para demandas assemelhadas, reduzindo sensivelmente o tempo de julgamento, deixando a cargo dos órgãos colegiados, as questões de maior relevância, justificadoras do debate mais acurado.

4.2-A REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EC Nº 45/2004.

A chamada Reforma do Judiciário, introduzida no ordenamento jurídico pátrio por meio da Emenda Constitucional nº 45, erigiu como objetivo liderante a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Dentre outros mecanismos criados para otimizar a racionalização da atividade judiciária e do mesmo modo prestar homenagem à consecução da unidade do Direito no Estado Constitucional Brasileiro, encontra-se, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a exigência da demonstração da repercussão geral das questões constitucionais debatidas no caso levado a juízo, consoante o disposto no art. 102, § 3º da Carta Magna.

A lei nº 11.480, de 20 de dezembro de 2006, regulamentou a previsão constitucional, inserindo os artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil. A relevância da questão discutida, conforme a redação do citado artigo, poderá ser econômica, política ou social. Bastará a configuração de apenas um desses aspectos junto com a transcendência para que reste caracterizada a repercussão geral no caso concreto.

Nesse compasso, tais regras visam nitidamente garantir que as decisões do Supremo Tribunal Federal sirvam de paradigma para toda a atividade jurisdicional do país em uma nítida perspectiva de compatibilização vertical, à semelhança, conforme Marinoni e Mitidiero (2007:23), do *binding effect* dos pronunciamentos da Suprema Corte americana e do *Bindungswirkung* das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão.

O novo requisito de admissibilidade do apelo extremo

é o expediente jurídico hábil a racionalizar a atividade judiciária, sem, no entanto, estancar a dinâmica natural da construção do Direito, prestando ao mesmo tempo obséquio aos princípios da economia processual, segurança jurídica, força normativa da Constituição e consecução da tutela jurisdicional efetiva.

O interesse a justificar a apreciação dos conflitos pela Corte Maior não mais deverá residir apenas na órbita particular dos litigantes, porém na defesa dos reclames de maior impacto para a obtenção da unidade do Direito, de modo a garantir o desenvolvimento de novas soluções aos problemas sociais, haja vista a transcendência e relevância do feito levado à análise.

4.3 – O JULGAMENTO DOS RECURSOS REPETITIVOS NO STJ – LEI 11.672/2008.

É certo que a função precípua do STJ é buscar a uniformização do entendimento quanto à aplicação da lei federal. Na prática, contudo, a Corte era vista como uma terceira instância recursal e, desde sua criação, o número de processos que nela aportavam vinha aumentando consideravelmente. Nesse contexto, visando restabelecer o caráter de Tribunal Sistêmico da Corte Cidadã e ao mesmo tempo atenuar a sobrecarga de trabalho do órgão, surge a Lei 11.672/2008.

Ao acrescentar o art. 543-C ao Código de Processo Civil, a chamada Lei dos Recursos Repetitivos criou um novel mecanismo de filtragem recursal semelhante à repercussão geral prevista no art. 543-B do CPC.

Nessa perspectiva, os recursos especiais, quando conexos em relação à matéria, passarão a ser reunidos e sobrestados na origem, subindo ao STJ apenas um ou

alguns recursos representativos da controvérsia, que, após julgados, terão efeito vinculante aos sobrestados, ou seja, os recursos sobrestados na origem poderão ser inadmitidos na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo STJ. Do mesmo modo, se o acórdão recorrido divergir da orientação do STJ, poderá o tribunal de origem, mediante o órgão responsável pelo juízo de admissibilidade, reconsiderar a decisão exarada, conformando-a com a orientação do STJ (art. 543-C, §7º do CPC).

A instituição da Lei dos Recursos Repetitivos constitui mais uma tentativa do legislador em outorgar unidade ao direito no plano infraconstitucional. A eliminação progressiva das divergências jurisprudenciais por meio da vinculação vertical das decisões do STJ busca concretizar o direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva através do desafogamento do judiciário, haja vista que inúmeros conflitos serão solucionados de uma só vez, após o julgamento de um único processo paradigma. Tal fato é constatado pela queda de 37,92% do número de recursos especiais que chegaram ao STJ, conforme dados fornecidos pelo próprio Tribunal⁶.

Dessa maneira, acertado o ensinamento de Martins (2008:115) ao asseverar que o instituto atua de forma preventiva ao procurar evitar a disseminação de processos judiciais sobre controvérsias já debatidas, ao passo que os instrumentos tradicionais de harmonização de jurisprudências e pacificação de entendimentos só atuam após o surgimento do dissídio ou de grande multiplicação de processos sobre a matéria repetitiva.

⁶ Disponível em www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=90944, acesso em 10.07.2009.

5 – CONCLUSÃO

Como se observa, a segurança jurídica e a celeridade processual são direitos fundamentais que devem ser obrigatoriamente observados na prestação da tutela jurisdicional pelo Estado- Juiz. Ambos os princípios quando devidamente equilibrados são capazes de pacificar os conflitos instalados no seio da sociedade, cujos reclames contemporâneos orbitam não só em busca de uma decisão segura, mas igualmente rápida, racional e sem dispêndios econômicos desnecessários.

É certo também que a segurança jurídica como valor moral tem sua pedra angular no conceito transcendente de equidade, cuja essência se instaura no respeito incondicional ao princípio da dignidade da pessoa humana e tutela das justas expectativas criadas pelos indivíduos.

Conclui-se, portanto, que os atuais instrumentos de superação das divergências jurisprudenciais são institutos aptos a racionalizar a atividade judiciária, no entanto, por si só não terão o condão de reduzir consideravelmente o número de demandas perante os órgãos judiciais, um vez que vários são os fatores que conspiram para a existência de obstáculos à prestação jurisdicional efetiva, dentre os quais a resistência injustificada e ilegítima de alguns tribunais em aplicar tais mecanismos.

6 – REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FULLER, Lon. **The Morality of Law**. 2ª ed. New Haven e Londres: Yale University Press, 1969.

MARTINS, Samir José Caetano. **O julgamento de Recursos Especiais**

Repetitivos. **Revista de Direito Processual n. 64**, São Paulo: Dialética: julho/2008.

MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VALDÉS, Garzón. **Derecho, ética y política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

JUSTIÇA SOCIAL, DEMOCRACIA GLOBAL E CONSENSO SOBREPOSTO

Leonardo Arquimimo de Carvalho

Pesquisador da Escola de Direito de São Paulo da Fundação
Getulio Vargas (DIREITO GV)

1 Introdução

A compreensão teórica do conceito de democracia é hoje ignorada por uma interpretação quase messiânica da sua instrumentalidade. Assim, a equação dos litígios sociais é resolvida com escapismos que sempre incluem a panacéia democrática.

A democracia alcançou uma condição quase universalista no seu reconhecimento como um ideal de organização política. Com efeito, mesmo que de difícil configuração para alguns ambientes, a construção de cenários democráticos passou a determinar uma agenda complexa para as instituições ocidentais.

Questionar a utilidade da democracia como “forma de governo” não é uma postura nova. A observação comparada da democracia e de outros “modelos de gestão política” demonstra a falta de habilidade dos modelos democráticos para equação de muitos problemas percebidos na organização social.

Igualmente, não é desprezível a quantidade de momentos históricos em que Estados democráticos foram acusados de serem responsáveis pelo desequilíbrio político, por defenderem valores débeis.

A existência de “valores de liberdade superior” nas democracias dos séculos XIX e XX é distinguida, por exemplo, como responsável pela desorganização e produção do caos nas relações políticas internacionais. Curiosamente,

num paralelismo descompromissado, o período de ascensão generalizada da democracia como forma de governo coincide como um período muito conflitivo nas relações políticas entre os Estados.

De qualquer maneira, a aparente debilidade da democracia superou os regimes autoritários e suas formas de manifestação nos últimos grandes conflitos internacionais, conflagrados ou não.

Em termos rawlsianos a democracia pode ser considerada uma “doutrina política abrangente” que busca enquadrar todos os ambientes e sujeitos de modo a estabelecer uma forma universal de organização social. Observar uma alternativa aos totalitarismos democráticos é uma idéia afinada com a proposta de “justiça política e social” para a “estrutura básica da sociedade.”

A democracia, que geralmente é pensada em termos procedimentais, não parece estar comprometida, de forma natural, como frequentemente parece estar, com equilíbrio, moralidade, direitos humanos ou justiça. Razão pela qual, discutir os temas envolvendo a democracia no ambiente global parece tão etéreo.

As afirmações anteriores envolvem duas percepções distintas: 1) a primeira, é centrada na visão particular e individualizada das formas de gestão democrática das relações políticas que ocorrem no ambiente estatal doméstico; 2) a segunda, tenta transportar a democracia concebida para o ambiente interno para o internacional.

De qualquer maneira, este artigo não busca demonstrar a ineficiência dos regimes democráticos, seja no espaço doméstico seja no espaço internacional, na disciplina das relações políticas. Almeja demonstrar a insuficiência da vinculação direta entre equilíbrio nas relações intra-estatais e regimes de governos. Como conseqüência, se afirma que não é causal o paralelismo entre estabilidade política internacional e organização política em patamares democráticos.

2) A democracia doméstica transposta para o cenário internacional

A democracia é identificada como uma forma adequada de organizar a atividade política dentro dos Estados. A validade dessa assertiva decorre de uma supervalorização do conceito que acaba sendo utilizada como sinônimos de igualdade, liberdade, participação política, legitimidade, estado de direito, responsividade, desenvolvimento e organização política.

A apropriação permanente da “idéia de democracia” produz limitadores à compreensão do que representa o fenômeno político da democracia e em que ambientes políticos ela pode ser considerada como adequada para mediar às relações entre diversas instâncias de poder e a comunidade.

As discussões, por exemplo, sobre direitos humanos estão permeadas de afirmações que pressupõem a democracia ou que indicam que esta é que permite aqueles. O caso do exercício dos direitos políticos e dos de liberdade é neste particular paradigmática.¹

¹ Dimoulis apresenta o debate com base na idéia das diversas formas de verificar os vínculos entre direito fundamentais e democracia, quais sejam: tese da complementaridade, tese da incompatibilidade e tese convivência. Quando discute a tese da incompatibilidade Dimoulis afirma que: “(...) se a democracia consiste na tomada de decisões coletivas após deliberação e os direitos humanos oferecem aos respectivos titulares o exclusivo poder de decisão em determinado tema, retirando-o do espaço de deliberação e decisão pública, o reconhecimento de direitos fundamentais limita necessariamente o alcance dos processos democráticos. Nessa ótica, os direitos fundamentais constituem um obstáculo individualista, senão claramente autoritário. DIMOULIS, Dimitri. Conflitos e complementaridade entre direitos humanos e democracia. **Revista da ESMESC**, v. 15, n. 21, 2008, p. 18-20.

De qualquer maneira, o contraste entre o ideal e o real, a existência de uma capacidade política de poder invisível, a permanência dos mesmos estamentos no poder, a representação política marcada pela influência dos grupos organizados e a manutenção da ignorância política entre os cidadãos são alguns dos problemas identificados quando se pensa sobre a democracia.

Há algum tempo se discute “a crise” da democracia nos ambientes marcados pela existência de uma estrutura política bem consolidada. Nos ambientes onde não há uma organização nos “moldes do Estado-nacional” a crise parece ter origem prematura pela limitada capacidade de obter, ainda que remotamente, uma radícula de organização e gestão.

Assim, são identificados alguns exageros na ampliação da interpretação sobre o que representa o crescimento do fenômeno democrático para as comunidades políticas domésticas e para o espaço internacional.

Aparentemente não há uma conspiração positiva com uma pretensão direcionada ao equilíbrio político com o uso do instrumental democrático. Porém, a formação de um conjunto normativo e principiológico fortalece os argumentos direcionados aos que vislumbram a eficácia democrática na equação dos problemas internacionais.

Ainda, é importante perceber que o direcionamento primaz refere-se a eventual transposição das percepções domésticas, internas, para o ambiente internacional. Neste caso é possível afirmar que um conjunto pequeno de características afeitas à democracia tem a possibilidade de ser aceita no cenário internacional, já que a carência de uma estrutura permanente, constante e com plenas capacidades políticas, relativiza a possibilidade de uma simples apropriação das características de um sistema de governo como a democracia.

3 Democracia Competitiva ou Participativa?

A idéia de “democracia” é hoje identificada em normas, documentos e também em procedimentos e ações concretas que aceitam posturas mais ou menos tolerantes em relação à plenitude das suas próprias características. A democracia pode ser apontada como uma idéia amplamente difundida para a legitimação dos processos internacionais contemporâneos. O anseio, porém, não encontra uma possibilidade superior de se realizar já que além da limitação da capacidade do conceito de se realizar não há uma concepção clara em torno do ambiente, dos atores, das características, dos modelos de organização e participação política nas instituições.

Como decorrência de uma leitura inicial teórica e de uma tentativa de verificar a tendência generalizada de considerar a democracia necessária ao desenvolvimento das relações sociais locais e internacionais, é possível inferir que a garantia de que os vínculos internacionais sejam pautados de forma democrática se constitui num forte apelo.

Mas, não há garantia de que vínculos eventualmente democráticos garantam algum tipo de equilíbrio, legitimidade, liberdade ou justiça. Primeiro pelos limites as relações constituídas em bases democráticas, depois em função de uma limitada possibilidade de que a democracia seja arrimo de comportamentos permanentemente propositores do equilíbrio e de decisões que ampliem os limites básicos procedimentais em função de um atendimento de noções do “justo” para todos os povos.

Discutindo a “tradição competitiva” no ambiente doméstico, e buscando demonstrar a falta de paralelismo entre justiça e democracia, afirma Vita que (i) os interesses individuais são sempre considerados pelo eleitor que

“compra” determinadas propostas; esta característica é criticada já que os sujeitos deveriam fazer escolhas em função do interesse da maioria, o que parece desde logo problemático. Outra questão, está associada (2) à distinção entre questões públicas que envolvem desacordo moral e outras que não, já que no caso das últimas não há objeções importantes. O procedimentalismo da democracia competitiva justifica resultados políticos independentemente de questões morais, o que parece injusto. A outra objeção (iii) é aquela que questiona por que razão a satisfação de preferências individuais constitui o ponto de partida apropriado para decidir escolhas sociais que envolvem questões de justiça. Na “democracia competitiva” (iv) os cidadãos mais ativos podem proteger melhor os seus interesses e fazer leis e políticas públicas com base nas suas preferências, sendo a questão da participação um elemento não integralmente vinculado à atividade volitiva do sujeito e sim diretamente associado à questão da distribuição dos bens políticos – renda, riqueza, tempo disponível para atividade política, capacidade de organização, informação e interesse políticos, preferências, nível educacional – não sendo possível aguardar um interesse geral sobre as questões políticas.²

Decorrente das afirmações anteriores duas questões são apresentadas: 1) a primeira é da própria idéia de “representação” para a política internacional ou de forma mais ampliada à “participação política” no ambiente internacional; 2) a segunda é a busca de um modelo de democracia que se apresente de maneira “deliberativa” e “participativa”, mas que atenda a uma concepção de justiça.

² VITA, Álvaro de. Democracia e Justiça. **Lua Nova**. N. 50, 2000, p. 7-10.

A tradição preponderante na maioria das descrições teóricas e mesmo práticas é de uma “democracia competitiva”. A indicação atual, para o ambiente internacional, é de que a democracia poderia, mais oportunamente, adotar características “participativas” e que estas seriam superiores.

A “democracia tradicional” associada à “representação” depende de uma comunidade local definida que tenha opções relativamente parecidas e que possa controlar o resultado das ações políticas. Este modelo tem dois problemas relevantes: i) os modelos da “democracia representativa” não são confiáveis; ii) muitas das decisões políticas atuais estão fora do controle doméstico e mesmo governamental. Para estas diferenças são apresentadas sugestões de complementaridade, entre um sistema político de atendimento mais adequado ao ambiente doméstico – “democracia representativa” – e outro que associado ao primeiro pode responder a questões da participação política no ambiente internacional – “democracia participativa”.³

Em todo o caso, algumas conclusões estabelecem limites para a proposta de um ambiente global democrático: i) a idéia geral difundida de democracia é insuficiente para regular os vínculos internacionais; ii) a democracia é, em síntese, um conjunto de procedimentos que legitima ações políticas independentemente de seus conteúdos; iii) as proposições que garantem o cumprimento de certos preceitos, considerados democráticos, não atendem às

³ UNITED NATIONS (2004c). Report of the Secretary-General on the implementation of the Report of the Panel of Eminent Persons on United Nations–Civil Society Relations. New York. Disponível em: <http://www.un.org/docs/journal/asp/ws.asp?m=a/58/817>.

expectativas de justiça; iv) as diferenças culturais entre as diversas comunidades dificulta a criação de um ambiente estável suficiente para criação de instituições globais democráticas e justas; v) as tiranias globais são consideradas o destino das propostas de um governo global.

A viabilidade de uma alternativa focada na “utopia realista” de Rawls e a eventual possibilidade de encontrar no “Direito dos Povos” uma reorganização da política internacional em “parâmetros universais não-uniformizantes” é bastante instigante. A impossibilidade de que determinadas variáveis culturais sejam suplantadas por ações políticas é reconhecida como uma verdade. Como consequência a viabilidade de uma nova conformação política estaria limitada pelas diferenças culturais incontornáveis.⁴

4 O consenso sobreposto

A idéia do “consenso sobreposto”⁵ assegura, segundo Rawls, uma diminuição nos conflitos já que as doutrinas razoáveis, da sua forma e pelas suas razões, aprovam uma concepção liberal de justiça – que não é

⁴ Em “O Liberalismo Político” o foco central de Rawls é enfrentar a questão da estabilidade das instituições democrático-representativas em função das diferenças presentes na sociedade.

⁵ O consenso sobreposto é o acordo das razoáveis e compreensíveis doutrinas das sociedades bem ordenadas em uma concepção liberal de justiça. Quando todas as razoáveis doutrinas apóiam uma concepção político liberal de justiça, cada um da sua forma pelas suas razões. A principal razão para a estabilidade de uma sociedade bem ordenada. FREEMAN, Samuel. **Rawls**. London: Routledge, 2007, p. 476.

conflituosa⁶. Rawls afirma que há uma distinção importante entre as concepções de justiça que admitem uma pluralidade de doutrinas abrangentes e razoáveis – utilitarismo clássico – e as que afirmam haver apenas uma concepção a ser reconhecida por todos os cidadãos plenamente razoáveis e racionais – tradição cristã.

O “liberalismo político” supõe que há muitas doutrinas abrangentes razoáveis e conflitantes, a pluralidade é vista como um produto característico da razão prática no tempo. “Portanto, a questão que a tradição procurou responder não tem resposta: nenhuma doutrina abrangente é apropriada enquanto concepção política para um regime constitucional.”⁷

A relação política num regime constitucional tem duas características especiais: i) é uma relação de pessoas dentro da estrutura básica da sociedade, uma estrutura de instituições básicas – a sociedade política é fechada; ii) o poder político é sempre baseado no uso que o Estado faz das suas sanções – o poder político é o poder do público, dos cidadãos livres e iguais na condição de corpo coletivo. Como consequência pergunta Rawls: [...] “à luz de que

⁶ “Numa tal sociedade, uma doutrina abrangente e razoável não pode garantir a base da unidade social, nem oferecer o conteúdo da razão pública sobre questões políticas fundamentais. Portanto, para que fique claro como uma sociedade bem-ordenada pode ser unificada e estável, introduzindo outra idéia do liberalismo político, que caminha junto com a de uma concepção política de justiça, a saber, a idéia de um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis. Nesse tipo de consenso, as doutrinas razoáveis endossam a concepção política, cada qual a partir de seu ponto de vista específico.” RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. 2 ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 179.

⁷ Idem, p. 180-181.

princípios e ideais devemos, enquanto cidadãos livres e iguais, ter condições de nos vermos no exercício desse poder, se nosso exercício precisar ser justificável para outros cidadãos e deve respeitar o fato de serem razoáveis e racionais?”⁸

Num regime constitucional há um domínio especial do político. O político difere do associacional – que é voluntário – e, do familiar e do pessoal – que são afetivos. Existindo um regime constitucional razoavelmente bem-ordenado, dois pontos são centrais para o liberalismo político: i) as questões sobre os fundamentos constitucionais e as questões de justiça básica devem ser resolvidas por meio do apelo aos valores políticos; ii) os valores políticos expressos pelos princípios e ideais desse regime normalmente têm peso suficiente para superar todos os outros valores que podem ser contrários a eles⁹ – não é

⁸ “A essa pergunta, o liberalismo político responde: nosso exercício de poder político é inteiramente apropriado somente quando está de acordo com uma constituição, cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos, em sua condição de livres e iguais, endossem à luz de princípios e ideais aceitáveis para sua razão humana comum. Esse é o princípio liberal de legitimidade.” Idem, p. 182.

⁹ “A questão que merece mais reflexão teórica e pesquisa empírica é: sob que condições é de se esperar que procedimentos decisórios democráticos produzam resultados políticos justos?” Vita sugere um critério de justiça aplicável à avaliação moral dos resultados políticos, que é [...] “formulado da seguinte forma: são moralmente justificados as decisões políticas que ninguém poderia razoavelmente rejeitar se os deliberantes estivessem situados em uma posição de igualdade e motivados a chegar a termos de acordo aceitáveis para todos.” [...] “Trata-se, em primeiro lugar de um, critério liberal-igualitário de legitimidade política.” Neste caso a maioria deve se abster de impor arranjos institucionais, ainda que democráticos, que representem o desejo

razoável usar as sanções do poder do Estado para mudar os que discordam.¹⁰

Pergunta Rawls, como é possível que os valores do domínio especial do político superem quaisquer outros que conflitem com ele? Assim, como é possível defender uma doutrina abrangente e não usar o poder estatal para obrigar alguém aderir à mesma?¹¹

Os valores do político governam a estrutura básica da vida social e especificam os termos essenciais da cooperação política e social. “Na justiça como equidade, alguns desses grandes valores – os valores da justiça – são expressos pelos princípios de justiça para a estrutura básica – entre eles, os valores de igual liberdade política e civil;

majoritário em prejuízo de minorias. “A segunda observação a fazer é a de que se deve entender esse critério de legitimidade como sendo independente de quaisquer procedimentos efetivos de deliberação democrática.” Vita apresenta uma restrição a sua proposta já que mesmo as questões que são, conforme definidas por Rawls, “elementos constitucionais essenciais” – direitos civis e políticos fundamentais e procedimentos e instituições que regulam acesso ao poder público – e “questões básicas de justiça” – as normas e instituições que regulam a distribuição ao poder público –, e podem ser razoavelmente aceitas para regular a estrutura básica da sociedade, podem e devem – já que controversas e que tem dificuldade de encontrarem acordo razoável – ser decididas por mecanismos democráticos. “Ao discutir as relações entre justiça e democracia, parece-me importante fazer um esforço para esclarecer o lugar que o acordo razoável ou a unanimidade deve ocupar em nossa visão normativa.” [...] “Nós necessitamos, acredito, de uma concepção “epistêmica” de democracia deliberativa, mas também é preciso perceber seus limites.” [...] “somente a competição política não é suficiente para assegurar que a democracia produza resultados justos.” VITA. Op. cit., p. 14-19.

¹⁰ RAWLS. Op. cit., p. 183.

¹¹ Idem, p. 184-185.

igualdade eqüitativa de oportunidades; os valores da reciprocidade econômica; as bases sociais do respeito mútuo entre os cidadãos” [...] além dos valores da razão pública.¹²

Discutindo a idéia do “consenso sobreposto” Rawls lembra inicialmente dois dados fundamentais: i) é buscado um consenso entre doutrinas abrangentes razoáveis; ii) numa democracia constitucional a concepção pública de justiça – concepção política – é independente de questões religiosas, morais ou filosóficas abrangentes. O consenso sobreposto não é uma *modus vivendi*¹³ e é utópico – não há forças políticas, sociais ou psicológicas para gerá-lo e torná-lo estável. Para superar a dificuldade Rawls estabelece um esboço que tem dois estágios: o primeiro termina com um “consenso constitucional” – não é profundo ou amplo e não inclui a estrutura básica, apenas procedimentos políticos do governo democrático – outro com um sobreposto. No “consenso constitucional”, uma constituição que satisfaz certos princípios básicos estabelece procedimentos democráticos para moderar a rivalidade política. Esta diz respeito às diferenças entre as classes e interesses e divergência em relação ao conteúdo e os limites de certas

¹² “Em conjunto, esses valores expressam o ideal político liberal segundo o qual, como o poder político é o poder coercitivo de cidadãos livres e iguais enquanto corpo coletivo, esse poder deve ser exercido, quando estão em jogo elementos constitucionais essenciais e questões básicas de justiça, somente de formas (*sic*) que se pode esperar que todos os cidadãos endossem, à luz de sua razão humana comum.” Idem, p. 185.

¹³ “A expressão *modus vivendi* é usada, freqüentemente, para caracterizar um tratado entre dois Estados cujos objetivos e interesses nacionais conduzem ao conflito.” Explica Rawls que ao negociar um acordo os Estados devem garantir o equilíbrio para ambos apesar de buscarem realizar os seus interesses nacionais. Idem, p. 193.

liberdades e direitos – apesar de existir concordância sobre certas liberdades e direitos políticos.¹⁴

Um “consenso constitucional” depende de que em um dado momento, devido a divergências e eventos históricos, certos princípios liberais de justiça sejam aceitos como um simples *modus vivendi* e incorporados às instituições políticas existentes. As visões abrangentes acabam carreando alguns princípios de justiça mais gerais para a constituição e para a prática política independente de um questionamento sobre a sua origem¹⁵. Quando os princípios liberais regulam efetivamente as instituições políticas básicas, eles satisfazem três requisitos de um “consenso constitucional estável”: i) dado o “pluralismo razoável” os princípios liberais satisfazem a exigência de estabelecer os conteúdos de certas liberdades e direitos políticos fundamentais dando aos mesmos prioridade especial; ii) a aplicação dos princípios liberais tem uma certa simplicidade, devem ser acessíveis a todos e devem evitar cálculos

¹⁴ Idem, p. 190-193 e p. 205-206.

¹⁵ Explica Rawls que se no futuro alguma incompatibilidade surgir entre os princípios de justiça e suas doutrinas mais amplas então é possível que ocorra um ajuste ou uma revisão das doutrinas, em vez de rejeitar aqueles princípios. Neste particular uma dúvida surge: não há garantia de que a existência de um princípio injusto, ou a evolução de uma dada doutrina abrangente em função de uma realidade social torne um princípio injusto, passe a exigir uma alteração daquela particularidade injusta na doutrina abrangente. Por exemplo, determinados dogmas religiosos, mesmo que injustos, não foram alterados em função de uma alteração do ambiente e da aceitação social geral daquelas crenças, contudo, a modificação feita e incorporada à uma constituição e prática política é muito mais frequente. Assim, parece que aqui Rawls aposta na possibilidade de que as doutrinas abrangentes modifiquem suas concepções em função de princípios justos. Idem, p. 207.

teóricos complicados – “Mesmo quando julgamos nossos argumentos sinceros e não egoístas, devemos considerar que é razoável esperar que os outros pensem em quem tem algo a perder se nossa argumentação prevalecer.” –; iii) as instituições políticas básicas que incorporam os princípios liberais tendem a encorajar as virtudes cooperativas da vida política.¹⁶

O passo conseqüente é entender como um “consenso constitucional” torna-se um “consenso sobreposto”. Três elementos são analisados em relação ao consenso sobreposto: i) a profundidade, que estabelece que os princípios e ideais políticos tenham por base uma concepção política de justiça – que utilize as idéias fundamentais de sociedade e pessoa como na justiça como equidade; ii) a extensão informa que o consenso sobreposto deve ir além dos princípios políticos democráticos e deve estabelecer certos direitos substantivos – liberdade de consciência e pensamento – e igualdade eqüitativa de oportunidades; iii) a especificidade é a concepção política de justiça.¹⁷

Em relação à profundidade, depois de um consenso constitucional estar em vigor os grupos políticos tendem a

¹⁶ “Concluindo: no primeiro estágio do consenso constitucional, os princípios liberais de justiça, inicialmente aceitos com relutância como um *modus vivendi* e adotados numa constituição, tendem a alterar as doutrinas abrangentes dos cidadãos, de modo que estes aceitam pelo menos os princípios de uma constituição liberal. Esses princípios garantem certas liberdades e direitos políticos fundamentais, e estabelecem procedimentos democráticos para moderar a rivalidade política e para resolver as questões de política social. Nessa medida, as visões abrangentes dos cidadãos são razoáveis, se não o eram antes: o simples pluralismo passa a ser um pluralismo razoável e assim se alcança o consenso constitucional.” Idem, p. 206-211.

¹⁷ Idem, p. 211-212.

se integrar, estabelecer relações com outros grupos, desenvolver concepções políticas que sejam inteligíveis e razoáveis para um grupo maior, depois acabam produzindo concepções políticas de justiça que é a base das discussões que cada grupo endossa. Em relação à extensão é importante perceber que um consenso constitucional, puramente político e procedimental é restrito. É preciso haver normas que garantam as liberdades de consciência e pensamento em geral, liberdade de associação e de movimento, além de garantir as necessidades básicas de todos os cidadãos – não há participação sem um nível mínimo de educação e bem-estar material e social. Em relação à especificidade do consenso ou ao leque das concepções liberais que o definem, Rawls faz duas considerações: i) a primeira refere-se às idéias fundamentais de sociedade como sistema equitativo de cooperação aliada a idéia de pessoa livre e igual; ii) diferentes interesses sociais e econômicos dão sustentação a concepções liberais diferentes.¹⁸

¹⁸ “Distinguímos um consenso sobreposto de um *modus vivendi* e notamos que, no primeiro, a concepção política é endossada como uma concepção moral e os cidadãos estão dispostos a agir de acordo com ela com base em razões morais. Apresentamos também os dois fundamentos que garantem a tese do liberalismo político: primeiro, que os valores do político são valores muito importantes e não são fáceis de superar; e segundo, que há muitas doutrinas abrangentes e razoáveis que entendem ser o reino mais amplo dos valores congruentes, ou pelo menos não conflitante, com os valores políticos tais como são especificados por uma concepção política justiça para um regime democrático. Esses dois fundamentos garantem a base da razão pública, pois implicam que as questões políticas fundamentais podem ser resolvidas recorrendo-se aos valores políticos expressos pela concepção política endossada pelo consenso sobreposto” Idem, p. 213-216.

5 Destinatários da idéia de justiça

Inicialmente é importante perceber que os “princípios de justiça social” desenvolvidos por Rawls tinham como destinatários as pessoas que habitavam uma mesma comunidade¹⁹. Não existindo inicialmente deveres de uma comunidade em relação à outra. Em “Uma Teoria da Justiça” Rawls indica que talvez fossem necessários outros princípios para o direito internacional. As afirmações de Rawls foram criticadas já que ele estava concebendo um sistema que não se comunicava com outros sistemas num mundo em que as comunidades estavam permanentemente conectadas.

¹⁹ “Além disso, suponho que a estrutura básica seja a de uma sociedade fechada, isto é, devemos considerá-la auto-suficiente e sem relações com outras sociedades. [...] Que uma sociedade seja fechada é uma abstração considerável, que se justifica apenas porque nos possibilita concentrarmo-nos em certas questões importantes [...] Em algum momento, uma concepção política de justiça deve tratar das relações justas entre os povos, ou do direito das gentes, como as chamarei.” (RAWLS. Op. cit., p. 54) No original a última parte do trecho é apresentada da seguinte forma: “At some point a political conception of justice must address the just relations between peoples, or the law of the peoples, as I shall say.” (RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1996, p. 12) “What, if anything, justifies Rawls’s reluctance in the *The Law of Peoples* to extend his principles of liberal justice to all the world’s persons? Is it because when we move to the relations among states or peoples we encounter forms of cultural and religious pluralism that are wider and deeper than we encounter home? The greater diversity that we encounter on the world stage might well seem to necessitate that we settle for an “overlapping consensus” on shared political principles that are thinner and less substantial than we are able to generate at home.” MACEDO, Stephen. What Self-Governing Peoples Owe to One Another: Universalism, Diversity, and the Law of Peoples. **Fordham Law Review**. N. 72, 2004, p. 1722.

Rawls afirma que o curso do desenvolvimento do pensamento democrático deixa claro que inexistente concordância sobre as formas pelas quais as instituições básicas de uma democracia constitucional devem estar organizadas para satisfazer os termos eqüitativos de cooperação entre os cidadãos considerados livres e iguais. O conflito entre a “liberdade dos modernos” – de pensamento e consciência, certos direitos básicos da pessoa e de propriedade e o império da lei – e a “liberdade dos antigos” – liberdades políticas iguais e os valores da vida pública – fica evidente para Rawls na controvérsia observada quando da manifestação dos valores de liberdade e igualdade nos direitos e liberdades básicas dos cidadãos, [...] “de modo que sejam satisfeitas as exigências tanto da liberdade quanto da igualdade.”²⁰

A concepção de justiça apresentada em “Uma Teoria da Justiça” – a “justiça como eqüidade” – busca estabelecer dois princípios de justiça. Os princípios servem de diretrizes para a forma como as “instituições básicas” devem efetivar os valores de liberdade e igualdade e, também, construir uma idéia de que os dois princípios sejam mais adequados que outros para cidadãos democráticos tidos como pessoas livres e iguais – para cidadãos como os descritos, um certo tipo de organização das instituições políticas e sociais básicas é mais apropriado à realização dos valores de liberdade e igualdade. Os dois princípios são: i) todas as pessoas têm de forma igualitária direito a um projeto adequado de direitos e liberdades básicas; ii) as desigualdades devem estar vinculadas a posições as quais todos podem ascender e devem produzir benefícios coletivos.²¹

²⁰ RAWLS. Op. cit., p. 46.

²¹ Idem, p. 47.

Em uma “sociedade democrática” há uma “tradição de pensamento democrático” – cujo teor é familiar e inteligível ao senso comum. As instituições da sociedade são vistas como um fundo de idéias e princípios compartilhados. A “justiça como equidade” parte de uma [...] “tradição política e assume como sua idéia fundamental a idéia de sociedade como um sistema eqüitativo de cooperação ao longo do tempo” [...] – isto está implícito na cultura política de uma sociedade democrática. A idéia está associada à de que os cidadãos são pessoas livres e iguais e a de que uma sociedade bem ordenada é regulada por uma concepção política de justiça.²²

De qualquer maneira, para conduzir tal apreciação é importante compreender de que forma o conceito de democracia e legitimidade não estão associadas num sentido prático à idéia de justiça na obra de Rawls²³. Desde

²² Idem, p. 56-58.

²³ A justiça para Rawls está associada a todos os aspectos da vida humana e deve estar vinculada ao princípio da igualdade. E a igualdade representa que a distribuição de todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, progressos e riquezas – devem ser iguais ou no limite desiguais desde que haja um favorecimento de todos. “The liberal cosmopolitan objection challenges Rawls’s initial focus on social cooperation and the basic structure of society. Recall that Rawls opens *A Theory of Justice*, and later *Political liberalism*, with the general question: What is the most appropriate conception of social and political justice for a *democratic society*, wherein citizens regard themselves as free and equal? Cosmopolitans, in effect, say that this question has no answer, for there is no conception of justice peculiarly appropriate for a democratic society that is any different from the correct cosmopolitan account that applies to all the world; or they say that the appropriate conception of justice for a democratic society can be, at most, an application of the correct cosmopolitan theory, and thus is not ascertainable until we first address cosmopolitan justice.” FREEMAN. Op. cit., p. 420.

logo Rawls reitera a idéia amplamente reconhecida de que não estão associados de forma direta democracia e legitimidade à justiça. A democracia não se confunde com a idéia de legitimidade e justiça e a presença da democracia-legítima não garante que a mesma possa atuar de modo a garantir um ideal de justiça.²⁴

Explica Araújo que os “novos liberais” voltam sua observação para o conteúdo normativo justo-injusto das decisões de governo e não para as questões de legitimação. A observação exige um “artifício de representação” – uma posição original – que pode ser pensada como um procedimento ideal, assim a verificação se liberta de discussões sobre como as instituições deveriam ser, se são ou não republicanas, se os direitos de acesso são igualitários. Em síntese não se discute a “legitimidade” – que se pressupõem inerente a um governo, mas que pode ser injusta e assim contaminar [...] “a legitimidade dos atos de governo” – mas sim a justiça das decisões governamentais.²⁵

E neste limite, para Araújo, que os conceitos de democracia e justiça passam a determinar-se de forma recíproca. As questões morais e as políticas se aproximam e [...] “os procedimentos políticos não são julgados apenas pela sua correção formal, mas tanto pelos valores morais

²⁴ “A distinção entre democracia e justiça é pertinente. Porém, somos obrigados a refletir sobre questões de justiça quando se trata de traçar até onde podemos tolerar decisões procedimentalmente legítimas. A justiça traça os limites da legitimidade democrática.” [...] “Contudo, há de fato uma questão específica de justiça no que se refere ao exercício do poder político. E é aqui que parte a parte normativa da teoria democrática dialoga com a teoria da justiça. Este é por exemplo, o problema de quem pode participar e como deve participar das decisões coletivas.” [...] “Naturalmente, esta é uma das questões centrais da teoria democrática.” ARAÚJO, Cícero. Legitimidade, Justiça e Democracia: o novo contratualismo de Rawls. **Lua Nova**. Nº. 57, 2002, p. 75-76.

²⁵ Idem, p. 81-83.

que os embebem quanto por seus resultados.” A moralidade do liberalismo clássico é dada pela “idéia comum”, “pela intuição racional” ou pelo “direito natural”, assim não há uma preocupação com a sua fundamentação, mas sim com formação de governos que espelham a realidade “moral dada”. A não-violação da “moral dada” depende da voluntariedade da comunidade que consente com o governo e suas decisões que passam a ser legítimas – é a legitimidade democrática. No “novo contratualismo liberal” as questões morais não são dadas, mas consideradas complexas, [...] “há uma profunda desconfiança do pressuposto de que as idéias morais podem ser intuídas diretamente²⁶” – em Rawls a “revisão” das questões morais aparece com o “equilíbrio reflexivo”.²⁷

6 Considerações Finais

O resultado desta desconfiança em torno do contratualismo tradicional baseado no consentimento voluntário que dá legitimidade aos governos reintroduz o povo no papel que lhe permite efetivamente optar. “De qualquer forma, Estados democráticos podem agora ser considerados mais ou menos justos, pouco ou excessivamente igualitários, dependendo do modo como as questões morais de fundo são articuladas e justificadas.”²⁸

Diante da insuficiência da idéia tradicional de justiça, Rawls apresentou uma proposta que concebe a organização da sociedade em termos de uma concepção política da “justiça como equidade”. Diante da insuficiência das formas

²⁶ “Daí que o contrato, o “artifício de representação”, tenha de ser deslocado do nível da constituição dos governos para o nível da elaboração das proposições morais.” Idem, p. 84.

²⁷ Idem, p. 83-84.

tradicionais de concepção moral centradas em elementos dados pelo “contrato social” a formulação apresentada por Rawls deveria responder às instituições de maneira adequada na formação de uma sociedade democrática.

Segundo Avritzer, Rawls construiu a transição entre uma “concepção decisionística” de deliberação e uma “concepção argumentativa” – [...] “diferenças culturais são parte de uma condição de pluralismo que supõe a argumentação e a deliberação.” Rawls reconhece a diferença entre os indivíduos, na medida em que eles discordam dos termos básicos da sua associação, e supõe que as mesmas [...] “podem ser suspensas no momento da discussão na posição original acerca de uma concepção de justiça.” Avritzer afirma que os vinte anos que separam “Uma Teoria da Justiça” de “O Liberalismo Político” modificaram a percepção de Rawls que passou a entender a dificuldade de as doutrinas abrangentes servirem como base para um acordo político razoável e duradouro. A primazia de certos valores adotados pelas concepções abrangentes produz conflitos e precisa ser resolvida para adotar uma concepção de justiça.²⁹

Rawls indica em “Uma Teoria da Justiça” que numa “bem ordenada sociedade democrática” o ideal universal de justiça e os direitos iguais de participação política são

²⁸ Idem, p. 84-85.

²⁹ AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. **Lua Nova**. N. 50, 2000, p. 32. “Aqui estou interessando apenas em uma democracia constitucional bem ordenada – um termo que usei no início – compreendida também como uma democracia deliberativa. A idéia definitiva a favor da democracia deliberativa é a idéia da própria deliberação. Quando deliberam, os cidadãos trocam pontos de vista e debatem as razões que os sustentam no que diz respeito a questões políticas públicas.” RAWLS, John. A idéia da razão pública revista. In: **O Direito dos Povos**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, 182-183.

moralmente exigidos, uma vez que uma sociedade alcança os requisitos sociais e as condições econômicas para a democracia.

Rawls acredita que uma sociedade tem o dever de desenvolver suas instituições para que elas realizem os requerimentos morais na justiça como equidade, em caso contrário elas não são consideradas justas. No “O Direito dos Povos” Rawls percebe a existência real de instituições liberais e não-liberais, mas não aprova este tipo de relativismo ou ações de sociedades não-liberais ou não-democráticas sem buscar reformar suas instituições.

7 Referências

ARAÚJO, Cícero. Legitimidade, Justiça e Democracia: o novo contratualismo de Rawls. **Lua Nova**. N. 57, 2002, p. 73-85.

AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. **Lua Nova**. N. 50, 2000, p. 25-46.

DIMOULIS, Dimitri. Conflitos e complementaridade entre direitos humanos e democracia. **Revista da ESMESC**. V. 15, n. 21, 2008, p. 17-36.

FREEMAN, Samuel. **Rawls**. London: Routledge, 2007.

MACEDO, Stephen. What Self-Governing Peoples Owe to One Another: Universalism, Diversity, and the Law of Peoples. **Fordham Law Review**. N. 72, 2004, p. 1721-1738.

UNITED NATIONS (2004c). Report of the Secretary-General on the implementation of the Report of the Panel of Eminent Persons on United Nations–Civil Society Relations. New York. Disponível em: <http://www.un.org/docs/journal/asp/ws.asp?m=a/58/817>.

VITA, Álvaro de. Democracia e Justiça. **Lua Nova**. N. 50, 2000, p. 5-23.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1996.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. 2 ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. A idéia da razão pública revista. In: **O Direito dos Povos**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SEGURANÇA JURÍDICA E A INTERPRETAÇÃO INTEGRADORA DE RAIMUNDO BEZERRA FALCÃO

David Barbosa de Oliveira

Advogado.

Especialista em Filosofia Moderna do Direito pela UECE.

SUMÁRIO: I. Introdução; II. Interpretação integradora; III. Segurança jurídica; IV. Relatividade da segurança jurídica; V. Interpretação integradora e segurança jurídica; V. Considerações finais; VI. Referências.

Resumo: A interpretação é uma atividade inesgotável. A captação de sentido é ilimitada. Este é o fundamento e também a razão de existir da interpretação. Porém, até onde pode ir a interpretação sem agredir a segurança jurídica, pedra fundamental do Estado Democrático de Direito? O presente trabalho destina-se a discutir qual o limite da interpretação, suas funções e conseqüências sobre a segurança jurídica. A tese aqui defendida é que a inesgotabilidade de sentido do interpretar ao invés de agredir a segurança jurídica a fortalece, pois atualiza o direito.

Palavras-chave: Hermenêutica. Direito. Interpretação Integradora. Segurança jurídica.

Hermenêutica é, assim, guia de escolha do bom sentido. Essa escolha do bom sentido torna-se imperiosa no que tange a hermenêutica jurídica, uma vez que a opção pelo sentido pode, em muitos casos, implicar a opção pela justiça, indispensável

à convivência e afirmação da grandeza do ser humano, bem como a própria justificação do direito.

Raimundo Bezerra Falcão.

I. Introdução.

O fundamento filosófico da interpretação é a inesgotabilidade de sentido. Fundamento este que mesmo na escola da exegese estava presente, pois a busca pela literalidade é uma tentativa de afastar outras interpretações, logo, afirmando o sentido literal se está admitindo outros sentidos. A interpretação é uma atividade inesgotável, daí ser a hermenêutica a busca pelo sentido. A inesgotabilidade de sentido é o fundamento e também a razão de ser da interpretação.

Por muito tempo a hermenêutica jurídica viveu obscurecida, pois não cabia ao aplicador do direito interpretar, não cabia a esse aplicador ir aonde a lei já era clara. Restava ao juiz apenas a atividade técnica e fria de aplicar a lei quase como um autômato, era o chamado “boca da lei”. Entretanto, a hermenêutica evoluiu e da literalidade entramos num profundo subjetivismo onde o observador, *in casu*, o intérprete, é condição precípua da compreensão e da própria ciência.

Diante desse novo contexto, até onde é dada à hermenêutica jurídica ir sem atentar contra o próprio Direito e seus fundamentos? Em que momento a interpretação conflita com a segurança jurídica e o Direito? Há como reforçar a segurança jurídica num constante interpretar e ressignificar de sentidos normativos? Essas são algumas das questões que discutiremos nesse trabalho que tem como principal objetivo discutir qual o limite da interpretação, suas funções e conseqüências sobre a segurança jurídica.

II. Interpretação integradora.

O “dogma da completude” é o retrato de uma época onde se via o fetichismo legal, a escola da exegese e as grandes codificações. Nesse período, o Estado detinha o monopólio da produção jurídica. O “dogma da completude” dominou o pensamento jurídico por muito tempo, mas tornou-se obsoleto, dentre outros fatores, pela rigidez imposta à ciência jurídica. A idéia de que o direito era completo rachou frente as contundentes críticas feitas pelas demais correntes doutrinárias, dentre elas a escola do “Direito Livre” do Estado e a sua tese do espaço jurídico vazio.

Modernamente, afirmar que a ordem jurídica não possui lacunas, não quer dizer que o ordenamento seja completo em realidade – posto ser impossível, mas que tem em si, inato, uma tendência para a completude. Conseqüência direta deste fato é a segurança jurídica, haja vista nenhum litígio poder ficar sem solução.

É importante notar que quando falamos de plenitude do ordenamento estamos nos referindo à ordem jurídica formal, pois a material é de claro teor axiológico, ou seja, busca não normas ou concretude, mas o próprio sentido, a idéia de integração.

O direito positivo (lei de introdução ao Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal etc.), na senda de tornar o direito disponível a todos, resguarda-se junto à equidade, analogia, princípios gerais do direito¹ e outros tantos institutos, buscando estender suas ramificações

¹ Sobre o tema ver os capítulos “A coerência do ordenamento jurídico” e “A completude do ordenamento jurídico” do livro “Teoria do ordenamento jurídico” de Norberto Bobbio. Brasília: editora polis/ Universidade de Brasília, 1991.

a todas as situações. Entretanto, será a finalidade do direito ter solução, qualquer que seja ela, para todos os casos de lacuna no ordenamento jurídico?

Falcão propõe então a interpretação integradora e almeja com ela não só a já assegurada integração lógica, ou melhor, plenitude lógica, mas também e principalmente a interpretação integradora que é a plenitude axiológica, valorativa, profunda, vertical, “material”. Então, além de lógico o ordenamento é pleno axiologicamente. Falcão põe o ordenamento em constante movimento, como algo vivo, como algo que não é ou foi, mas que está se inventando, está sendo, está plenificando. Ele retira a interpretação do passado sem movimento e a trás para o presente, a coloca em meio a tudo que está acontecendo na relatividade do imperfeito presente.²

É como se fossem duas esferas distintas, uma dando forma e a outra exaltando seu conteúdo, pois à medida que a integração lógica almeja que toda lide tenha solução, a interpretação integradora tem como finalidade o sentido jurídico por excelência: a justiça. Desta forma, além de todo caso ter uma solução (saída lógica), essa solução deve ser justa. Destarte, não é qualquer solução que serve a interpretação integradora, mas somente a solução justa. A interpretação integradora utiliza esses dois aspectos, a saber: a plenitude lógica e a plenitude axiológica. Para Raimundo Bezerra Falcão:

² Há, aqui, uma proximidade clara com a idéia de Ser de Heidegger, que seria indefinível e subjacente a tudo, encontrando sua relação dinâmica na existência humana, na qual seu projeto sempre em formulação e execução, se realiza. É plenitude em ato e não só em potência se quisermos pensar mais perto de Nietzsche.

interpretação integradora é no sentido de tentar fazer o ordenamento atender, no máximo grau possível, às estimativas mais ligadas aos valores efetivamente considerados legítimos pelo homem num esforço de alcançar os verdadeiros destinos da humanidade.³

A hermenêutica integradora em sua busca axiológica tem como meta o justo. As normas, em sua instrumentalidade integradora, têm como fim a justiça, seu termo não é apofântico⁴, não é um fim em si mesmo como muitos pensadores sustentam. A norma pela norma é um corpo sem alma, não tem sentido, está perdido na *physis*.

³ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997, p. 220.

⁴ Essa passagem nos lembra a hermenêutica fenomenológica de Heidegger, sendo a compreensão, a capacidade que cada um tem de captar as possibilidades do Ser, no conjunto do mundo vital em nós existente. Heidegger supera a dicotomia sujeito-objeto, imaginando uma estrutura ontológica de compreensão, colocando a compreensão e a interpretação como algo posto antes dessa dicotomia. Para ele pela compreensão o Ser se autocompreende e se revela. A hermenêutica estabelece instrumentos para a manifestação do Ser. O objeto interpretado não é somente objeto, mas instrumento. A norma realiza-se antes de tudo como instrumento, portal, meio para um sentido. A interpretação tratará o texto normativo como texto instrumento, como meio de realização do justo, distinguindo Heidegger a forma apofântica da forma hermenêutica da palavra “como”. Para Heidegger as coisas podem ser vistas como objeto e como instrumento. O apofântico é o “como” que mostra a coisa “aparente”, como ela externamente se mostra. Entretanto aos poucos a coisa vai se tornando abstrata e vai predominando sua instrumentalidade, sendo essa a visão hermenêutica.

A riqueza da interpretação integradora é sua diversidade de sentidos ⁵ e é isto que gera a estabilidade que tão saudável é para o ordenamento e para a sociedade. Os sentidos são sempre infinitos, entretanto serão limitados pelo próprio sistema dos processos de raciocínio, pois o método já limita o ponto que se irá alcançar. O objeto da interpretação, então, trará sempre novas visões, haja vista a intermitente influência de novos valores e sentidos.

Aqui está, então, presente o círculo hermenêutico, em forma de espiral, haja vista que as perguntas⁶ poderiam ser sobre o mesmo objeto só que em uma visão a cada momento mais profunda, ou seja, os objetos poderiam ser os mesmos, mas as perguntas seriam de outra intensidade. Compreender o texto é aplicá-lo em nossa existência. Na medida em que um texto nos transforme e nos exija uma mudança de postura vivencial, nós o compreendemos.

⁵ “De qualquer forma, a verdade filosófica de que o sentido é inesgotável se constitui no fundamento da Hermenêutica, uma vez que se ele fosse uno e fixo, não haveria motivo algum para preocupar-se, num conjunto imenso de opções, a melhor alternativa, ou as melhores alternativas, para a convivência, eis que sequer conjunto de opções existiria” *in* Hermenêutica, p. 98.

⁶ Numa nova digressão no espírito germânico, lembramos que Gadamer entende que o texto é um sujeito pleno, envolvendo a estrutura chamada eu-tu. O texto é a própria experiência, posto que as indagações do intérprete chocam-se com ele. Estabelece-se um diálogo entre o interprete e o texto que dialeticamente vão se questionando e se respondendo.

III. Segurança jurídica.

O princípio da segurança jurídica⁷ ajuda a promover a edição e a boa aplicação das leis, dos decretos, das portarias, das sentenças, dos atos administrativos etc. Sobre isso Carrazza afirma que

De fato como o Direito visa obtenção da *res justa*, de que nos falavam os antigos romanos, todas as normas jurídicas, especialmente as que dão efetividade as garantias constitucionais, devem procurar tornar segura a vida das pessoas e das instituições. Muito bem, o Direito, com sua positividade, confere segurança as pessoas, isto é, 'cria condições de certeza e igualdade que habitam o cidadão a sentir-se senhor de seus próprios atos e dos atos dos outros'.⁸

O princípio da segurança é uma espécie de sobreprincípio, que possui uma força de atração com a qual faz girar em sua órbita vários outros princípios como o da

⁷ O princípio da segurança jurídica está em nosso ordenamento jurídico infraconstitucional no "caput" do art. 2º da Lei n. 9.784/99 que regula a tramitação do processo administrativo federal, senão vejamos: "A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência" in http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso em 08/03/2008.

⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 385 e 386.

legalidade, irretroatividade etc. É um princípio que se utiliza de vários outros para se efetivar.

Já Canotilho, ao cuidar dos padrões estruturantes do Direito Constitucional vigente e dos princípios que regem o Estado de Direito, realça o valor da segurança jurídica, senão vejamos:

Partindo da idéia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes:

- o princípio da segurança jurídica;
- o princípio da confiança do cidadão.⁹

A seguir, complementando as suas afirmações, escreve que a idéia de segurança jurídica apóia-se em dois princípios materiais: o princípio da determinabilidade das leis (exigência de leis claras e densas)¹⁰ e o princípio da proteção da confiança (exigência de leis tendencialmente estáveis).¹¹

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 375 e 376

¹⁰ O princípio da determinabilidade das leis intrinsecamente, refere-se às seguintes idéias: exigência de clareza das normas legais, exigência de densidade suficiente na regulamentação.

¹¹ No referente ao princípio da proteção da confiança, ele concentra a capacidade de que o cidadão confie em seus atos ou nas decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes.

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança indicam para a proibição de leis retroativas, inalterabilidade da coisa julgada e tendência à irrevogabilidade de atos administrativos constitutivos de direitos. Arremata José Augusto Delgado¹² :

A primeira concentração de nossos estudos leva a se entender que a segurança jurídica, em um conceito genérico, é a garantia assegurada pela Constituição Federal ao jurisdicionado para que uma determinada situação concreta de direito não seja alterada, especialmente quando sobre ela exista pronunciamento judicial.

Não podemos deixar de lembrar que há determinados institutos no direito, de ordem material ou processual, criados para proporcionar segurança nas relações sociais e jurídicas. “A coisa julgada é um desses institutos e tem natureza constitucional, pois é (...) elemento que forma a própria existência do estado democrático de direito.”¹³

IV. Relatividade da segurança jurídica.

Entretanto, o princípio da segurança jurídica não deve ser tratado como tendo natureza absoluta, a segurança

¹² O Princípio da Segurança Jurídica: supremacia constitucional Autores: Delgado, José Augusto Data de Publicação: 21-maio-2005 URL: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/448>, em 10/06/08.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo civil na Constituição Federal. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 49.

jurídica e a Justiça¹⁴ devem andar juntas. Se a liberdade é fundamental para a pessoa humana, constituiria um atentado aos princípios que tutelam e garantem a dignidade e os direitos do homem, colocar, em termos absolutos, a proeminência da segurança jurídica a ponto de sacrificar-se um bem jurídico tão-relevante como a liberdade.

O Estado de Direito está sustentado em dois fundamentos: a segurança e a certeza jurídica. Esses princípios são absolutamente necessários para que a função estabilizadora do Poder Judiciário, a quem a Constituição Federal lhe concede a competência de julgar os litígios, seja desenvolvida com estabilidade e credibilidade. Ainda assim, não podemos *olvidar* que diante da segurança jurídica deve prevalecer a justiça¹⁵, valor máximo, senão própria razão de

¹⁴ O professor Oscar D'Álva e Sousa Filho entende que "(...) para o Direito positivo do Estado Democrático de Direito ser admitido como proposta de direito democrática à sociedade civil, proposta formal que será interpretada e aplicada pelos juizes, advogados e promotores de justiça preocupados finalisticamente com a construção de uma justiça material é absolutamente necessária a reforma do Estado e conseqüentemente do poder Judiciário. (...) Se o promotor público e o juiz, assim como todas as autoridades constituídas e investidas de poder, se todos tiverem de prestar conta de seus atos, e antes disso, discutir a política judiciária com a sociedade, OAB, associações comunitárias, de classe, de empresários etc. Se forem avaliados pela destinatária de seu mister (que é a sociedade civil), cremos nós, não haverá insegurança no exercício responsável de sua liberdade como agentes criadores do direito proposto, até porque a sociedade civil, por suas agências e instituições de controle, estará presente sancionando ou não o trabalho democrático de seus representantes" *in* Ensaios de filosofia do direito. Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2004, p. 163 e 164.

¹⁵ Há quem pense diferente como Nelson Nery Junior que afirma que "(...) busca-se pelo processo a tutela jurisdicional adequada e justa. A sentença justa é o ideal – utópico – do processo. Outro valor não menos

existir do Direito.

Ainda que não se entenda que a justiça deve sempre prevalecer pode-se ainda resolver o conflito entre esses dois princípios pela hermenêutica constitucional, utilizando os seguintes princípios: princípio da concordância prática, princípio da convivência das liberdades públicas¹⁶ e princípio da proporcionalidade.

V. Interpretação integradora e segurança jurídica.

O sentido dos objetos não pode ser interpretado de tal sorte que se consiga um sentido absoluto, pois qualquer tentativa dessa ordem extinguiria a pluralidade de significados da vida. Não há limitação para a interpretação, não há censura, não há como querer do homem algo que não seja humano, não há como lhe negar sua posição “adâmica” no mundo.

O choque que passa a existir será entre os que se pautam pelo medo, pelo passado, pela necessidade de certeza e os que se pautam pelo presente, pela possibilidade que a vida traz e leva, pela gama do que é vivo e imperfeito,

importante para essa busca é a segurança das relações sociais e jurídicas. Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança (coisa julgada), que deve prevalecer em relação a justiça, que será sacrificada (*Veropferungstheorie*). Essa é a razão pela qual, por exemplo, não se admite ação recisória para corrigir injustiça da sentença” in Princípios do Processo civil na Constituição Federal. NERY JUNIOR, Nelson. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 49.

¹⁶ Sobre o assunto ver “Direito constitucional descomplicado” de PAULO, Vicente e Marcelo Alexandrino. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 73 e ss.

ou seja, entre a segurança jurídica e as possibilidades da interpretação integradora. Observe-se contudo que para ser seguro não se faz necessário que seja absolutamente estático, imutável; podendo, destarte, ser apenas não tão volátil, ou seja, somente estável. Assim como na natureza, o Direito também está sujeito a mutações e, conseqüentemente, a alterações. Lembre-se, entretanto, que as alterações hermenêuticas decorrem de uma interação cultural, conforme a teoria da inércia de Chain Perelman “ninguém jamais pôs seriamente em dúvida o conjunto de suas opiniões, pois estas se provam reciprocamente: conservam-se aquelas que, até agora, resistiram melhor à prova, o que não lhes garante, de modo algum, contra toda prova posterior.”¹⁷

Com isso Perelman quer dizer que as novas interpretações possuem o mérito de trazerem consigo a força de sua verdade e coerência. Há também, como se observa, uma continuidade de idéias antigas que se transformam (conformando-se ou rejeitando-se umas as outras), dando encadeamento à gama de pensamentos que temos. É daí que se conclui que a racionalidade jurídica é uma continuidade sempre buscando fundamento para o novo no antigo. O que não tem amarras com o passado só pode se fazer valer e prevalecer por via da força.¹⁸

O novo surge regrado pelo velho. Esse interpretar rasga-se no passado, pois o homem traz consigo uma

¹⁷ PERELMAN, Chain. *Ética e direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996, p. 380.

¹⁸ Gadamer também entende assim, haja vista ele reconhecer o valor da tradição decorrente da herança histórica e não da autoridade, falando em fusão de horizontes. No mesmo sentido Dilthey, onde o significado depende dos materiais obtidos no passado, sendo daí projetado para o futuro.

herança da qual não pode se desprender, desta forma, assim como não pode optar em ficar sem seu corpo, também não pode se desligar da linguagem que igualmente o constitui.

São as novas interpretações que dão regularidade às transformações, caso contrário irromperia a marcha turbulenta das convulsões sociais. Se as estruturas formais (normas) não acolhem interpretativamente o novo, este lentamente vai se depositando. Em determinado momento, as rígidas estruturas racham e o novo irrompe e extravasa pelos antigos caminhos só que violentamente ao invés da natural leveza e clareza.

A interpretação integradora dá vazão às mudanças, servindo, como antes dito, de instrumento, canal, para o normal amadurecimento das leis. Em verdade, portanto, essa qualidade de interpretação gera segurança, ou melhor dito, estabilidade, haja vista a sociedade poder acompanhar o seu gradual desenvolvimento no ordenamento jurídico. É o que o Supremo Tribunal Federal vem chamando em matéria constitucional de mutação constitucional¹⁹.

¹⁹ De certa forma é o que o Supremo Tribunal Federal vem experienciando na por ele chamada mutação constitucional. Opta nessa atitude em reformar sua interpretações sobre as leis, preservando a lei textual em si. Pedro Lenza bem explica a diferença entre reforma e mutação quando afirma que “reforma constitucional seria a modificação do texto constitucional, através dos mecanismos definidos pelo poder constituinte originário (emendas), alterando, suprimindo ou acrescentando artigos ao texto original. As mutações constitucionais, portanto, não seriam alterações ‘físicas’, ‘palpáveis’, materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado,” *in* Direito constitucional esquematizado. LENZA, Pedro. 11^a ed. São Paulo: Método, 2007, p. 110.

É óbvio que os sentidos são inesgotáveis, porém o grande transtorno é lidar com o novo, com esse diferente que vêm nos transtornar e transformar. A maior riqueza cultural de uma sociedade e por conseqüência de um ordenamento é ver o outro não só com respeito, mas acima de tudo com amor e curiosidade, em todas as suas peculiaridades, em todas as suas diferenças, pois o tesouro é justamente o vivo, o diverso, o todo, o gerúndio, a quebra do espelho narcísico. É infinita a distância entre os diversos, só transponível pelo profundo subjetivismo. Esse sem dúvida é o maior desafio da sociedade, pois é de sua natureza se defender do novo, rejeitando-o. Para Falcão:

Na riqueza de sentido há bases salvadoras de estabilidade. Bases que se põem na evidência de que a verdade do indivíduo é mais verdade quando ele a produz na harmonia com seu semelhante, porque é também a verdade do semelhante, que igualmente é indivíduo.²⁰

É talvez, aqui, que melhor se percebe a necessidade do princípio do processo civil da persuasão racional, devendo o juiz convencer racionalmente quanto à justiça da decisão que submeteu a lide. Ora, urge-se que o juiz utilize a interpretação integradora na busca de uma solução justa. Posto que, da mesma forma que as partes buscam convencer o juiz da razoabilidade de suas pretensões, deve também o juiz buscar convencer as partes da razoabilidade

²⁰ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Heremênutica*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997, p.

de sua decisão, pois as partes também querem ser convencidas quanto ao resultado da demanda, ainda mais quando se estiver realizando uma integração. Não basta o juiz repetir norma e fato ou aplicar um sobre o outro.

Isso se deve à força de convencimento dos argumentos e raciocínios da decisão. Segundo Rui Portanova “a sentença, que é um ato de vontade, não será um ato de imposição de vontade autoritária, pois se assentará num juízo razoável de convencimento”²¹

Ressalte-se que há um acordo sobre o decidir jurídico que o legitima perante a sociedade. Sua base, sem sombra de dúvida, está no poder de convencimento que o juiz transmite como sendo a melhor decisão. Com esta, além das partes, o juiz convence a opinião pública, gerando uma aura de segurança. Contudo, se a decisão mais justa se pautar em outra interpretação ele o fará e estará assegurando a estabilidade do ordenamento.

VI. Considerações finais.

A interpretação integradora se efetiva não apenas com a integração lógica, ou seja, com o preenchimento de lacunas pela analogia, princípios gerais do direito etc ou pela superação de antinomias aparentes ou reais (critério cronológico, hierárquico ou especial). A interpretação integradora, além disto, busca a principal finalidade do Direito: a Justiça. A interpretação integradora dá como sentido ao Direito o Justo; por certo razão de sua própria existência. Podemos até afirmar que a baliza dentro da qual

²¹ PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 3ª ed. Porto Alegre: Ed Livraria do advogado, 1999, 253.

a interpretação integradora se movimenta é a justiça, pois tudo que ultrapassar esse limite não poderá ser seu objeto.

A crítica primeira que se pode levantar à interpretação integradora é que se a norma se abrir a múltiplos sentidos isso poderá trazer insegurança jurídica a sociedade e as instituições. Aquela é, por mais paradoxal que isso possa parecer, um instrumento de segurança social. Em vez de impulsionar a produção legislativa e por conseqüência o Direito pelas manifestações sociais, muitas vezes dosados a muita violência, busca que o interpretar acolha as constantes transformações, movimentos e demandas sociais. Então, a interpretação integradora dá o sentido dentro de um lento processo, em um pulsar contínuo e não na ruptura do ato, das revoluções. Desta forma, ao invés de trazer insegurança, essa interpretação tráz estabilidade social, viga maior da segurança jurídica, liberando a vida das amarras estanques da lei.

A segurança jurídica não tem o sentido apenas de imutabilidade, mas também significa estabilidade. Estar nela implícita a idéia de confiança, de paz necessária para planos futuros, o que em direito civil chamaria de princípio *tu quoque*²², ou seja, confiança de que o outro não agirá de modo contraditório. Resta claro que essa interpretação gera a segurança necessária à sociedade que, além de poder sentir o seu manso caminhar e a direção da evolução interpretativa, possui também como garantia o justo que é a

²² Flávio Tartuce esclarece que o princípio vem da expressão “*tu quoque, fili?*” Ou “*Tu quoque, Brute, fili mi?*” É a celebre e não menos trágica frase de Júlio César ao descobrir que seu filho estava dentre os que tramavam contra a sua vida, *in* Direito Civil. Teoria Geral dos contratos e contratos em espécie. TARTUCE, Flávio. São Paulo: Método, 2006, p. 109.

mola propulsora da interpretação integradora.

As implicações desse estudo, mesmo que ainda inacabado, são profundas e transformadoras. A interpretação integradora é uma ruptura com o *status quo* reafirmando a liberdade humana e a justiça. Liberdade com a qual o homem quebra as regras imutáveis e adquire a possibilidade de recriá-las cotidianamente, rompendo com a distância dos parlamentos, inserindo a discussão nas esquinas, nas rodas de discussão e principalmente nos tribunais. Sim, nos tribunais, nas simples petições onde o direito seria recriado, no embate entre argumentos diversos, na busca pela criação de uma nova teoria e a partir desta de uma outra jurisprudência. É na proximidade com o fato social que advogados e juízes acordariam sobre os caminhos do direito. É, de certa forma, a retomada do poder, a queda da bastilha, a afirmação pura de que o poder é do povo, para o povo e pelo povo.

VII. Referências

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: editora polis/ Universidade de Brasília, 1991.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

DELGADO, José Augusto. **O Princípio da Segurança Jurídica: supremacia constitucional**. Data de Publicação: 21-maio-2005. URL: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/448>. Acesso em 10/06/08.

ECO, Umberto. **Como se Faz uma Tese**. 19ªed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2004.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso em 10/06/2008.

LENSA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11ª ed. São Paulo: Método, 2007.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PAULO, Vicente e Marcelo Alexandrino. **Direito constitucional descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

PERELMAN, Chain. **Ética e direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3ª ed. Porto Alegre: Ed Livraria do advogado, 1999.

SOUSA FILHO, Oscar D'Álva. **Ensaios de filosofia do direito**. Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Vol. 3. São Paulo: Método, 2006.

OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES SOB O OLHAR DAS NAÇÕES UNIDAS E O ESTADO BRASILEIRO

THE HUMAN RIGHTS OF WOMEN SUBMIT EYES THE UNITS NATIONS AND THE BRAZILIAN STATE

Mércia Cardoso de Souza

Graduada em Serviço Social pela Universidade Estadual do Ceará e graduada em Direito Público pela Universidade de Fortaleza. Foi pesquisadora voluntária do Núcleo de Pesquisas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza, integrando o projeto “A evolução e os novos desafios da s Nações Unidas”. É técnica judiciária do Tribunal de Justiça do Ceará.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a proteção aos direitos humanos das mulheres por parte do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo como direção a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, aprovada pela ONU em 1979, e os princípios por ela inaugurados. É importante lembrar que tal documento se constitui no primeiro tratado internacional a dispor de maneira ampla sobre os direitos humanos das mulheres, tendo como instrumentos o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação das Mulheres (CEDAW, sigla em inglês) e o Protocolo Adicional à Convenção já mencionada. Nesse sentido, a Convenção e seus instrumentos serão analisados, de modo a suscitar aspectos relevantes para o debate em curso, bem como algumas modificações ocorridas na legislação brasileira.

Indicadores: Direitos humanos das mulheres; ONU; CEDAW; Comitê CEDAW; Protocolo Facultativo; Estado Brasileiro.

Abstract

The present article aims to analyze the protection of women's human rights by the international law of human rights; the basis of study are the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, approved by the UN in 1979 and its principles. It's important to remember that this document is the first international treaty about women's human rights. The Committee about Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) and the Additional Protocol are the principal basis of that document. Therefore, the Convention and its instruments will be analyzed in order to bring us important aspects to be discussed as well as any change occurred in the Brazilian legislation.

Keywords: Human Rights of Women; UN; CEDAW; Committee CEDAW; Additional Protocol; State Brazilian.

1.INTRODUÇÃO

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) consolidou-se logo após as barbáries cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, como ramo distinto do Direito Internacional, pois os chefes de Estado atentaram para a importância de buscar erradicar a violação aos direitos dos humanos. Com isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948. Nas últimas décadas, têm-se considerado os direitos humanos das

mulheres como categoria integrante do DIDH. Nota-se, portanto, uma evolução, na medida em que houve, no decorrer da história da humanidade, uma realidade de exclusão da mulher dos diversos espaços, em que era tratada como *o segundo sexo*¹. Tal situação vem mudando ao longo das décadas. A ONU declarou o período de 1976-1985 como a Década da Mulher. Nesse período, muitas pessoas do mundo inteiro se uniram no intuito de formular propostas a instituições e órgãos responsáveis pelos assuntos relacionados aos Direitos Humanos. Foi nesse contexto que a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Convenção da Mulher ou CEDAW) foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1979 mediante a Resolução A-34-180, tendo entrado em vigor em 3 de setembro de 1981².

É importante lembrar que o Estado Brasileiro assinou a CEDAW no dia 31 de março de 1981³ e ratificou-a em 1º de fevereiro de 1984⁴, oferecendo reservas ao artigo 15, parágrafo 4º, ao artigo 16, parágrafo 1º, alíneas “a”, “c”, “g” e “h” e ao artigo 29. As reservas aos artigos 15 e 16 foram retiradas em 1994, pois estavam incompatíveis com a legislação brasileira, então pautada pela assimetria entre os direitos do homem e da mulher. A reserva ao artigo 29,

¹ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: fatos e mitos. 4. Ed. Tradução Sérgio Milliete. São Paulo: Difel, 1970.

² Ver página Oficial do Comitê CEDAW: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/

³ Ver página Oficial do Comitê CEDAW: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/

⁴ Ver página Oficial do Comitê CEDAW: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/

que não se refere a direitos substantivos, é relativa a disputas entre Estados Partes quanto à interpretação da CEDAW e continua vigorando. Quanto ao Protocolo Adicional à CEDAW, o Brasil se tornou parte em 2002.

O presente trabalho tratará a questão do DIDH sob a ótica dos direitos das mulheres. Como direção, utilizar-se-á a Convenção da Mulher (*Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations Against Women – CEDAW*⁵) e o Protocolo Adicional do referido tratado.

O objetivo deste estudo é compreender a CEDAW sob um prisma particular na proteção internacional dos direitos humanos. Tendo evoluído bastante no que concerne à conscientização do combate à discriminação contra as mulheres, atualmente, 185 países são Estados Partes, ou seja, mais de 90% dos componentes das Nações Unidas⁶. Especificamente, será contextualizado o surgimento da CEDAW, especificando-se os seus dispositivos mais importantes a exemplo do Comitê CEDAW, que tem por função primordial supervisionar o cumprimento efetivo do tratado nos diversos Estados Partes e o Protocolo Adicional, bem como as recomendações enviadas ao Estado Brasileiro e as mudanças na legislação interna.

2. A CEDAW

O Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos é encabeçado pela Declaração Universal dos Direitos dos

⁵ Ver página Oficial do Comitê CEDAW: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/

⁶ A ONU está com 192 Estados-membros. O último país admitido foi Montenegro, em junho de 2006.

Homens de 1948, seguida pelos Pactos de 1966 e pelas demais Convenções de Direitos Humanos. A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres (Convenção da Mulher ou CEDAW) constitui-se em tratado bastante recente, já que data de 1979. O seu texto não foi o primeiro que tratou dos direitos da mulher aprovado pela ONU, pois antes já existiam tratados referentes aos direitos da mulher casada, dos direitos civis e políticos e do tráfico de mulheres.

Desse modo, a CEDAW foi idealizada a partir de 1946, quando a Assembléia Geral da ONU instituiu a Comissão sobre o *Status* da Mulher (CSW, sigla em inglês) para estudar, analisar e criar recomendações de formulação de políticas aos diversos países signatários do referido tratado, vislumbrando o aprimoramento da situação. A Comissão sobre o *Status* da Mulher, no período 1949 a 1962, fez muitos estudos sobre a situação das mulheres no mundo, o que deu origem a vários documentos, dentre os quais se podem mencionar: Convenção dos Direitos Políticos das Mulheres (1952), Convenção sobre a Nacionalidade das Mulheres Casadas (1957), Convenção sobre o Casamento por Consenso, Idade Mínima para Casamento e Registro de Casamentos (1962). Em 1967, a Comissão sobre o *Status* da Mulher se empenhou para elaborar a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, que se constituiu num instrumento legal de padrões internacionais que articulava direitos iguais de homens e mulheres. Entretanto, não se efetivou como tratado, pois não estabeleceu obrigações aos Estados signatários.

A ONU declarou o período 1976-1985 como a Década da ONU para a Mulher. Foi nessa época que muitas militantes feministas se reuniram em vários espaços e formularam propostas referente aos Direitos Humanos, buscando incluir

questões específicas para as mulheres.

Nessa conjuntura foi aprovada a CEDAW pela Assembléia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1979 e entrou em vigor em 3 de setembro de 1981, entendendo que as pessoas do sexo feminino seriam alvo de várias maneiras de discriminação por parte da sociedade global. A CEDAW é constituída por um preâmbulo e trinta artigos. Vale mencionar que dezesseis artigos versam sobre direitos substantivos que devem ser protegidos, respeitados, garantidos pelos Estados Partes. No seu artigo 1º, a CEDAW conceitua o termo “discriminação contra a mulher”:

Para fins da presente Convenção, o termo “discriminação contra mulheres” significa qualquer distinção, exclusão ou restrição feitas com base no gênero que tem o efeito ou propósito de prejudicar ou invalidar o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, em base de igualdade entre homens e mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro campo.

A CEDAW estabelece vários deveres aos Estados Partes no sentido de que atuem, no seu âmbito interno, de modo a eliminar, progressivamente, a discriminação contra as mulheres, abstendo-se de práticas discriminatórias no âmbito público e promovendo a igualdade substancial entre os gêneros também na esfera privada. Prevê ainda a modificação da legislação e introdução de mecanismos de ações afirmativas como defesa do *status* da mulher nos países signatários.

A CEDAW estabelece, no seu artigo 17, o Comitê supervisor do cumprimento do documento, para o qual os Estados Partes devem enviar a cada quatro anos, ou quando solicitados, relatórios informando sobre as medidas legislativas, judiciais, administrativas ou de outra natureza que tenham adotado para tornar efetivas as disposições da CEDAW, bem como os progressos alcançados⁷. Vale ressaltar que, até fevereiro de 2008, havia 98 Estados signatários e 185 Estados Partes da Convenção⁸.

Segundo Seager, a CEDAW (2003, p.16):

[...] constitue un jeu de normes et de principes universels destinés à servir de références aux politiques nationales à long terme, il s'agit d'éliminer toute discrimination sexuelle. Les gouvernements qui ratifient la Convention doivent mettre en place des politiques et des lois visant à supprimer toute discrimination envers les femmes.

A CEDAW é o tratado com grande número de reservas⁹ dos seus dispositivos, o que implica dificuldades para a satisfatória aplicação do referido documento, na medida em que os Estados Partes não se obrigam à garantia dos direitos

⁷ Vide art. 18 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

⁸ Ver página Oficial do Comitê CEDAW: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>

⁹ Ver página Oficial do Comitê CEDAW: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>

das mulheres no âmbito de seus territórios¹⁰.

Após isso, a ONU realizou muitas conferências, entre elas a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena, Áustria (1993) e a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento no Cairo (1994). As mulheres organizadas participaram desses debates, o que resultou em alguns avanços, como a redação que consta no artigo 18 da Conferência de Viena, que afirma “os direitos humanos das mulheres e das meninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais”. É importante lembrar que, na Conferência referida, foi enfatizada a igualdade de gênero e a proteção aos direitos humanos das mulheres e meninas.

2.1- O Comitê CEDAW

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra Mulheres (Comitê CEDAW, sigla em inglês) está previsto no artigo 17 da CEDAW, sendo constituído de 23 especialistas de “elevado conceito moral e competência na área” para exercerem um mandato de quatro anos. As especialistas devem ser eleitas pelos Estados Partes dentre

¹⁰ Devido a fatos desta natureza, alguns países ainda são, em pleno século XXI, palco de discriminação das mulheres, a exemplo do que aconteceu no Irã, quando a jornalista e militante feminista iraniana Nasrin Afzali foi condenada a seis meses de prisão e a dez chibatadas pelo suposto fato de “perturbar a ordem pública”, pois teria participado de uma manifestação em março de 2007 em frente ao Tribunal Revolucionário do Teerã, onde aconteceria o julgamento de várias feministas. Vale ressaltar que no Irã nos últimos meses foram presas várias mulheres que lutam pela igualdade de direitos entre os gêneros. (Fonte: Jornal O POVO – 21/04/2008)

as nacionais, devendo ser nomeadas de acordo com as capacidades pessoais¹¹.

O Comitê CEDAW tem como funções:

- a. examinar os relatórios periódicos apresentados pelos Estados Partes (artigo 18 da CEDAW);
- b. formular sugestões e recomendações gerais (artigo 21 da CEDAW);
- c. instaurar inquéritos confidenciais (artigos 8 e 9 do Protocolo Adicional);
- d. examinar comunicações apresentadas por indivíduos ou grupo de indivíduos que aleguem ser vítimas de violação dos direitos constantes na CEDAW (artigos 2 a 7 do Protocolo Adicional).

Analisar-se-á cada tarefa, de maneira específica, neste momento:

- a. Examina os relatórios periódicos apresentados pelos Estados Partes

Conforme o artigo 18 da CEDAW, os Estados Partes devem apresentar relatórios periódicos com ênfase às medidas legislativas, judiciárias, administrativas ou de outra natureza que adotarem para efetivar as disposições previstas na CEDAW e os progressos alcançados. O primeiro relatório deve ser apresentado após um ano da ratificação do tratado e os demais, a cada quatro anos e sempre que o Comitê solicitar. No tocante ao auxílio aos Estados Partes, o Comitê adotou algumas recomendações para que os Estados elaborem seus relatórios.

Desse modo, após o recebimento do relatório do Estado Parte, um grupo de trabalho do Comitê CEDAW,

¹¹ Artigo 17 da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher

constituído por cinco partes, se reúne antes da sessão com o intuito de preparar uma lista de questões e perguntas para serem enviadas aos Estados antes da apresentação do relatório. Durante a sessão, oito dos Estados Partes devem apresentar oralmente seus relatórios. Após a apresentação o Comitê faz observações, que devem ser posteriormente, respondidas pelo Estado. Ao final, o Comitê elabora comentários finais sobre os relatórios apresentados, que devem ser incluídos em seu relatório final à Assembleia Geral. O exame dos relatórios objetiva o alcance de um diálogo que seja construtivo entre os Estados Partes e o Comitê CEDAW.

b. Formula sugestões e recomendações gerais

De acordo com o artigo 21 da CEDAW, é facultado ao Comitê CEDAW a elaboração de sugestões e recomendações gerais baseadas no exame dos relatórios e de informações recebidos pelos Estados Partes. Via de regra, as sugestões são encaminhadas a entidades das Nações Unidas, enquanto as recomendações gerais são direcionadas aos Estados Partes.

As recomendações gerais oriundas do Comitê CEDAW versam sobre temas abordados pela CEDAW e oferecem orientações aos Estados Partes sobre suas obrigações que estão previstas no referido documento e os caminhos necessários ao seu cumprimento. É importante o fato de contar a elaboração do conteúdo das recomendações com a participação não somente de integrantes do Comitê, mas de organizações da sociedade civil e de agências e órgãos das Nações Unidas, dentre outros.

c. Instaura inquéritos confidenciais

Conforme o artigo 8º do Protocolo Adicional à CEDAW, caso o Comitê receba informação indicando violações

graves ou sistemáticas de direitos estabelecidos no tratado mencionado por um Estado Parte, o Comitê deverá convidar o Estado envolvido a apreciar, junto ao Comitê, a comunicação e a apresentar suas observações sobre a questão. O Comitê poderá encarregar alguns membros a dar andamento a um inquérito e a comunicar, com urgência, os resultados. Caso seja justificável e houver aquiescência do Estado Parte, o inquérito poderá incluir visitas ao território desse Estado.

Assim, após a análise das conclusões do inquérito, o Comitê deve comunicar a questão ao Estado, que terá o prazo de seis meses para apresentar suas observações. O procedimento do inquérito tem caráter confidencial e a cooperação do Estado Parte poderá ser solicitada a qualquer tempo.

d. Examina comunicações apresentadas por indivíduos ou grupo de indivíduos que aleguem ser vítimas de violação de direitos dispostos na CEDAW

A partir da aprovação do Protocolo Adicional à CEDAW, foi facultado ao Comitê CEDAW examinar as comunicações apresentadas por indivíduos ou grupos de indivíduos sob a jurisdição do Estado Parte, que afirmem ser vítimas de violação de quaisquer dos direitos abordados pelo mencionado tratado. Para operacionalizar isso, o comitê verifica se todos os meios processuais na ordem interna foram esgotados, a não ser que o meio processual previsto tenha ultrapassado os prazos razoáveis ou que seja improvável que conduza a uma reparação efetiva da requerente.

No caso da comunicação ser admitida, o Comitê deverá comunicar ao Estado, que terá o prazo de seis meses para apresentar suas observações. O Comitê deverá escutar as requerentes em sessões fechadas e transmitirá suas

recomendações às partes interessadas. O Estado terá mais seis meses para apresentar documento escrito que esclareça sobre as providências adotadas.

De acordo com a Declaração de Viena, documento final da Conferência de Direitos Humanos de 1993:

Ações e medidas para reduzir o amplo número de reservas à Convenção devem ser encorajadas. Dentre outras medidas, o Comitê de Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher deve prosseguir na revisão das reservas à Convenção. Os Estados são convidados a eliminar as reservas que sejam contrárias ao objeto e ao propósito da Convenção, ou que sejam incompatíveis com os tratados internacionais.

Assim sendo, faz-se necessário um esforço do Comitê CEDAW no sentido de proceder à revisão do número de reservas aos dispositivos da CEDAW; é o que consta no documento final produzido na Conferência de Direitos Humanos.

2.2- O Protocolo Adicional à CEDAW

Em 1991, durante uma reunião da CSW com alguns especialistas, viu-se a necessidade de se criar um Protocolo Facultativo à CEDAW, o que se recomendou à ONU. Iniciou-se, dessa maneira, uma longa caminhada para a criação de um documento formal, separado da Convenção citada, que deveria introduzir um procedimento para o recebimento de comunicações de violações de direitos humanos das mulheres, bem como outro de investigação.

Com isso, em 22 de dezembro de 2000, entrou em vigor o Protocolo Adicional à CEDAW com o objetivo instituir uma fiscalização mais efetiva do cumprimento do tratado. Os Estados Partes têm a faculdade de concordar com as disposições nele contidas, assinando e ratificando. Vale mencionar que o Protocolo não permite reservas. O Protocolo Facultativo foi assinado e ratificado por 90¹² Estados Partes, até novembro de 2007.

O Protocolo contém vinte e um artigos e dois procedimentos. O primeiro procedimento possibilita à mulher e a grupos de indivíduos vítimas de discriminação de gênero enviar uma comunicação¹³ ao Comitê CEDAW. Ao ratificar o Protocolo, os Estados Partes reconhecem a competência do Comitê de receber e analisar as comunicações, esgotados todos os recursos nacionais. Já o segundo procedimento tem a função de investigar e permite ao Comitê CEDAW dar início, por iniciativa própria e baseado em informações que tenham credibilidade, uma apuração de violações graves dos direitos previstos na CEDAW.

O Protocolo constitui-se em mais um instrumento para a efetivação dos direitos humanos das mulheres, pois possibilita à mulher que tenha os seus direitos violados ingressar com uma reclamação contra um Estado que seja um possível violador de direitos humanos. O Protocolo Adicional tem alguns procedimentos, os quais se descreverão a seguir.

¹² Ver página Oficial do Protocolo Facultativo à Convenção CEDAW: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/sigop.htm>

¹³ Comunicação é a palavra utilizada pela ONU para expressar uma reclamação encaminhada por indivíduos ou grupos de indivíduos a um de seus órgãos para denunciar a violação aos direitos humanos.

2.2.1 - O Procedimento de Queixas Individuais

Conforme consta no Protocolo, o Comitê CEDAW está a cargo do primeiro procedimento da ONU de “recurso de queixas” referente aos direitos das mulheres, especificamente, com o objetivo de responder a casos individuais de violações e garantir a reparação para as vítimas. Outros indivíduos ou grupos de indivíduos, inclusive organizações não-governamentais, podem apresentar comunicações em nome das vítimas, desde que elas dêem anuência, ou, ainda, mediante uma justificativa da ausência daquela. A comunicação é enviada ao Secretário-Geral da ONU, que deverá enviá-la ao Comitê CEDAW. Consta de várias fases: pré-admissibilidade, decisão de admissibilidade, consideração de méritos, opiniões e recomendações, seguimento.

2.2.2 - O Procedimento de Investigação

O Protocolo estabelece o primeiro procedimento de investigação da ONU sobre a violação de direitos humanos das mulheres. Tem por objetivo investigar violações graves e massivas de direitos humanos dentro de um prazo razoável. Tal procedimento permite ao Comitê CEDAW, por iniciativa própria e baseado em informações dotadas de credibilidade, uma apuração de violações graves ou sistemáticas dos direitos previstos na CEDAW, nos Estados Partes. Vale ressaltar que o Comitê CEDAW só admite a comunicação caso o Estado tenha assinado e ratificado o Protocolo Facultativo.

Consta de várias fases: recibo de denúncia, início de investigação, comentários e recomendações, seguimento, procedimentos.

2.3- O Comitê CEDAW e o Estado Brasileiro

O Brasil tem como marco jurídico na CEDAW e, em especial na recomendação do Comitê CEDAW de consagrar e garantir, através de lei, o princípio da igualdade entre homens e mulheres, como consta na Constituição Federal de 1988, em especial no seu artigo 5º, o qual afirma a igualdade entre os mulheres e homens.

A legislação brasileira, nos últimos anos, tem passado por algumas importantes alterações, destacando-se o novo conteúdo do Código Civil de 2002, as alterações no Código Penal ocorridas em 2005, bem como o advento da Lei nº 11.340/2006, que trata sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, também conhecida como Lei Maria da Penha.

A Constituição Federal de 1988 constitui-se no marco histórico nacional referente à proteção aos direitos humanos das mulheres, bem como ao reconhecimento da sua cidadania. Isso foi fruto de um longo processo de deliberações em plenários, reivindicações dos movimentos sociais, o que trouxe a inclusão da noção de igualdade de direitos sob uma perspectiva étnica, racial e de gênero. Tal documento contribuiu mais ainda para que o Brasil se integrasse ao sistema internacional de direitos humanos.

Existem dois tratados internacionais que foram assinados e ratificados pelo Estado Brasileiro e que tratam especificamente da erradicação das desigualdades de gênero. São eles: Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

Segundo Campos (2008, p. 144):

Tais tratados, além de criarem obrigações para o Brasil perante a comunidade

internacional, também originam obrigações no âmbito nacional e geram novos direitos para as mulheres que passam a contar com a instância internacional de decisão, quando todos os recursos disponíveis na legislação nacional falharem à realização da justiça. Isto significa, portanto, pedir auxílio e denunciar práticas de violência contra a mulher à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Foi durante a Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena no ano de 1993 que o movimento de mulheres reivindicou a inclusão de alguns pleitos, o que foi colocado na Declaração e no Programa de Ação de Viena, definindo que “os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral dos direitos humanos universais”. A partir dessa conjuntura, os direitos das mulheres foram vistos como direitos humanos.

A CEDAW prevê, no artigo 17, o Comitê supervisor do cumprimento do tratado nos Estados Partes.

O Comitê CEDAW (ONU) enviou recomendações ao Estado Brasileiro no sentido de que adequasse sua legislação interna à CEDAW, de modo que combatesse a discriminação de gênero, pois eram vigentes muitas leis discriminatórias. É importante lembrar que o Estado Brasileiro demorou 17 anos para enviar os relatórios previstos no artigo 18¹⁴ da CEDAW.

¹⁴ Artigo 18 da Convenção da Mulher – “Os Estados Signatários comprometem-se a apresentar ao Secretário Geral das Nações Unidas, para efeitos de consideração pela Comissão, um relatório sobre as medidas legislativas, judiciais, administrativas, ou outras que tenham adotado a fim de dar cumprimento às disposições da presente Convenção e sobre os progressos alcançados nesse domínio [...]”.

As principais áreas de preocupação e recomendações do Comitê, emitidas após o envio de cinco relatórios brasileiros em 2002, versaram sobre a inexistência de igualdade jurídica entre mulheres e homens; a inobservância do poder Judiciário em relação ao cumprimento dos tratados internacionais, nos quais o Brasil é signatário; a existência de intensas disparidades regionais econômicas e sociais, em especial no acesso à educação, emprego e serviços de saúde, estando impedido o cumprimento uniforme da CEDAW; o Código Penal, em 2003, ainda continha conteúdo discriminador das mulheres, como o termo “mulher honesta”; a aplicação da tese da “legítima defesa da honra” para homens acusados de praticarem a violência contra a mulher, o que constitui explícita violação aos direitos humanos; o impacto da pobreza com relação às mulheres brasileiras afro-descendentes e indígenas, chefes de famílias, bem como de outros grupos que vivem à margem da sociedade; a persistência da violência contra mulheres e meninas, incluindo-se aí a violência doméstica e sexual; o aumento das taxas de incidência de várias formas de exploração sexual e tráfico de mulheres e meninas no Brasil; com a participação de policiais e com sua conivência com a exploração e tráfico; ausência de dados desagregados por sexo e informação insuficiente sobre a exploração sexual de crianças e adolescentes de rua; a sub-representação das mulheres em todos os níveis e instâncias de poder decisório, bem como em posições qualificadas em algumas áreas da vida pública e profissional, como no judiciário e nas relações exteriores, enfim, nos mais altos escalões; a participação das mulheres nos mais altos cargos seja muito menor que a dos homens; a alta taxa de analfabetismo e baixa porcentagem de mulheres com formação educacional que ultrapasse a escola primária; a sub-representação das

mulheres no ensino superior; a discriminação da mulher no mercado de trabalho; altas taxas de mortalidade materna, em particular nas mais remotas regiões onde o serviço de saúde é bastante limitado; a ausência de dados sobre as mulheres rurais no que concerne à raça e etnia¹⁵, entre outras. Vale lembrar que, a cada preocupação, o Comitê CEDAW mencionou uma recomendação ao Estado Brasileiro.

O Estado Brasileiro defende o princípio da igualdade, na medida em que edita novas leis, como o novo Código Civil sancionado em 2002, que entrou em vigor em 2003; as alterações realizadas no Código Penal em 2005, bem como o advento da Lei nº 11.340/2006, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher aprovada em 2006. Entretanto o Brasil ainda não cumpriu ao todo o que a recomendação referente ao sexto relatório periódico, de número 16¹⁶, determinou, pois não se vê, no cotidiano, a difusão de informações para a população sobre a CEDAW.

¹⁵ Recomendações do Comitê CEDAW ao Estado Brasileiro. Disponível em: <<http://www.agende.org>>

¹⁶ “O Comitê convoca o Estado Parte a assegurar que a Convenção e a legislação doméstica relacionada sejam parte integrante na educação e do treinamento de funcionários judiciais, incluindo juízes, advogados, promotores e defensores públicos, bem como da grade curricular das universidades, de forma a estabelecer firmemente no país uma cultura legal de apoio à igualdade de gênero e não-discriminação. Convoca o Estado Parte a ampliar ainda mais o conhecimento das mulheres sobre seus direitos, inclusive em áreas remotas e entre os grupos em maior desvantagem, por meio de programas de alfabetização legal e assistência jurídica, de forma que elas possam reivindicar seus direitos com base na Convenção. Encoraja o Estado Parte a disseminar e ampliar mais a conscientização sobre a Convenção e o Protocolo Facultativo entre o público em geral, de forma a criar conscientização sobre os direitos humanos das mulheres”. (Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher – Trigésima nona sessão – 23 de Julho – 10 de Agosto de 2007)

Considerações finais

Pode-se concluir que a CEDAW, em conjunto com o seu Protocolo Facultativo e o Comitê CEDAW, constitui forma de concretizar os direitos humanos das mulheres na esfera internacional, compondo, desse modo, o Sistema Mundial de Proteção aos Direitos Humanos. É importante lembrar que tal tratado foi o segundo mais ratificado, mas também possui amplo número de reservas, o que dificulta a efetivação dos direitos das mulheres em vários países.

Dessa maneira, o Comitê CEDAW exerce duas funções: fiscalizar e opinar. Não toma decisão, e as recomendações dele emanadas não têm força de lei, ou seja, em caso de descumprimento, o Estado Parte não está sujeito a sanção, e tendo a faculdade de cumprir ou não, o que representa um problema grave para que o referido tratado possa ser concretizado com êxito.

Considera-se de grande relevância o conjunto de tratados que versam sobre o DIDH e, mais especificamente, sobre os direitos humanos das mulheres, pois colocam esses direitos num patamar de importância na esfera internacional, além de desenvolverem atividades que objetivam a proteção às possíveis violações dessa natureza. Infelizmente, o Comitê CEDAW não é dotado de um poder que possa vincular juridicamente os Estados Partes ao cumprimento efetivo das recomendações. Logo, o Comitê CEDAW deve fazer valer o poder político de modo a conscientizar os países que violam os direitos das mulheres, pressionando, dessa forma, para que se sintam constrangidos e projetem ações afirmativas para erradicar a discriminação das mulheres no âmbito dos seus respectivos territórios.

Quanto ao Estado Brasileiro, pode-se concluir que é detentor de uma dívida social, política e econômica com as mulheres, que representam mais de 50% da população. É importante lembrar que, devido à falta de vontade política dos

governantes do período de redemocratização (1985-2002), o Estado Brasileiro demorou 17 longos anos para elaborar um relatório ao Comitê CEDAW sobre a situação das mulheres, que foi fruto de um trabalho em conjunto, que envolveu a participação do movimento de mulheres, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça, além da contribuição de especialistas comprometidas com a promoção dos direitos humanos. O Brasil é um país de imensas desigualdades, o que vem dificultar que se atinja a igualdade de fato e de direito entre homens e mulheres. O ideal seria que os detentores do poder se comprometessem com as causas sociais, propondo e efetivando políticas públicas dotadas de eficácia e não somente como um “faz de conta”. Mas, infelizmente, vive-se o mundo real, e nele é complicado colocar em prática a preocupação com a sociedade, na medida em que muitos detentores do poder, seja qual for a forma, não têm muito compromisso com a sociedade.

Mesmo assim, nota-se uma evolução do Estado Brasileiro com relação à proteção aos direitos humanos das mulheres, embora em parte, pois, a partir do governo de Luiz Inácio Lula da Silva, se criou a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, a Secretaria Especial para a Promoção dos Direitos Humanos, a Secretaria Especial de Políticas para a Promoção da Igualdade Racial, entre outras medidas, o que pode ser o início de algumas mudanças. O desafio é implementar políticas públicas que possam ser exitosas, não obstante se trabalhar com orçamentos exíguos, descontinuidade administrativa, políticas fragmentadas, atuações isoladas. Assim, o Estado Brasileiro, ainda que de maneira lenta, tenta adequar a sua legislação à CEDAW, editando leis que combatam a discriminação das mulheres, colocando em prática políticas públicas (...). Uma questão para ser pensada é a da igualdade de fato entre homens e mulheres, o que ainda não foi atingido. É importante ressaltar que existem muitas leis; o problema crucial é seu não-cumprimento pelo poder público.

Referências

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ALMEIDA, Guilherme de Assis; MOISÉS, Cláudia Perrone, (Org.) **Direito internacional dos direitos humanos- instrumentos básicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

BARDWICH, Judith M. **Mulher, sociedade, transição**. São Paulo/Rio de Janeiro: Difel, 1979.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 4. ed. Tradução Sérgio Milliete. São Paulo: Difel, 1970.

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

BRASIL. **Relatório nacional brasileiro**. Relativo aos anos de 1985, 1989, 1993, 1997 e 2001, nos termos do artigo 18 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Brasília, junho de 2002.

BRASIL. **O Brasil e o cumprimento da CEDAW**. Contra-Informe da Sociedade Civil ao VI Relatório Nacional Brasileiro à CEDAW –período 2001-2005. Brasília, julho de 2007.

BRASIL. Presidência da República. **Participação do Brasil na 29ª Sessão do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação da Mulher – CEDAW**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2004.

BRASIL. **Contra-informe da sociedade civil: VI Relatório Nacional Brasileiro à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW**. Período 2001-2005. Julho – 2007.

CAMPOS, Amini Haddad e CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos humanos das mulheres**. Curitiba: Juruá, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, v. 1.

CEDAW: **The Treaty for the Rights of Women**. Milani, Leila Rassekh, Albert. Sarah C. NY USA, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a mulher e seus direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

GARCIA, Emerson. **Proteção internacional dos direitos humanos: breves reflexões sobre os sistemas Convencional e Não-Convencional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GUERRA, Sidney César Silva. **Tratados e Convenções internacionais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

LINS, Daniel Soares (org.) BORDIEU, Pierre et al. **A dominação masculina revisitada**. Tradução Roberto Leal Ferreira. Campinas: Papirus, 1998.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher**. Centro de Informação das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 1994.

REZEK, J. F. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SEAGER, Joni. **Atlas des femmes dans le monde: la réalité de leurs conditions de vie**. Paris: Éditions Autrement, 2003.

A FUNÇÃO DO TREINAMENTO NO CONTEXTO DAS ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS

Nádia Raposo Alves

Analista judiciária do TJCE

Graduação em Serviço Social-UECE

Sumário: 1. Introdução; 2. Modelo Mecanístico X Modelo Orgânico; 3. Administração Burocrática X Administração Gerencial; 3. O treinamento: do Privado ao Público; 4. Conclusão: Desafios e Perspectivas.

RESUMO

A proposta deste artigo é discutir a função do treinamento no contexto das instituições públicas e privadas. A estratégia de treinamento surgiu como alternativa das empresas privadas para responder ao dinamismo do mundo moderno. No entanto, essa alternativa, própria ao setor privado, acabou por ser incorporada ao contexto das instituições públicas. Neste trajeto metodológico, definem-se os modelos organizacionais privados e públicos para, em seguida, apontar a função do treinamento no âmbito desses modelos. Para cumprir com o objetivo, dispõe-se de duas referências teóricas distintas: a primeira, própria a Idalberto Chiavenato, postula que as estratégias organizacionais vêm responder às demandas de um mundo em constante transformação; a segunda, referente aos teóricos críticos, afirma que essas estratégias não são mais do que uma forma de tentar camuflar problemas muito antigos e inerentes ao modo de produção capitalista. Ao fim do percurso, posiciona-se diante de perspectivas teóricas

distintas e vislumbra-se a função do treinamento no contexto público e privado, cumprindo com o objetivo inicial.

Palavras-chave: Treinamento. Administração Pública. Administração Privada.

1 INTRODUÇÃO: NOVOS TEMPOS?

De alguns anos para cá, autores clássicos da teoria da administração empenharam-se em desenhar um novo quadro para o cenário político e econômico mundial. De acordo com eles, vive-se hoje um clima de inconstância, atravessam-se vertiginosas mudanças técnicas e científicas, características do mundo globalizado. No ponto em que tudo muda vertiginosamente, a teoria da administração assumiria o desafio de inventar estratégias inovadoras e eficazes na resolução de problemas cada vez mais fluidos e imprevisíveis, pois como se poderia adaptar ao que está em constante transformação?

O fenômeno é mundial. É mais amplo e rápido do que se supõe. Estão ocorrendo mudanças – rápidas e intensas – no mundo das empresas. As mudanças mais profundas e mais marcantes, todavia, não são percebidas pelo grande público, que somente consegue perceber o que ocorre na ponta do *iceberg*. (CHIAVENATO, 1994, p. 1)

O trecho acima foi retirado do parágrafo introdutório do livro *Gestão de Pessoas*, de Chiavenato (1994). De imediato, o leitor já é tomado de sobressalto: o mundo está

em processo de mudança, mas o mais grave é que não se dá conta de nem um terço desses processos. É-se arrastado pelo furacão tecnológico. Quando confrontado com a própria ignorância, fica-se numa situação de déficit constante entre aquilo que se sabe hoje e o que se deveria saber em um futuro próximo, caso queira se atualizar das novidades do mercado de trabalho. Nesse contexto, informação é tudo. E é preciso investir pesado para fazer com que a informação circule e gere benefícios.

Nesse contexto, a proposta de treinamento surge como uma alternativa das empresas modernas para sintonizar seu capital humano às mudanças dos dias atuais.

A partir do momento em que a empresa se insere em um ambiente fluido, em que não apenas os cargos são modificados como também as necessidades do próprio mercado, torna-se imprescindível que os seus recursos humanos acompanhem essa fluidez, agregando valor ao trabalho. O treinamento, enquanto recurso, visa modificar, em um curto espaço de tempo, o comportamento das pessoas, de modo a melhor inseri-las nos objetivos organizacionais:

Treinamento é o processo educacional de curto prazo aplicado de maneira sistemática e organizada, através do qual as pessoas aprendem conhecimentos, atitudes e habilidades em função de objetivos definidos. (CHIAVENATO, 1999, p. 295).

Entretanto, a visão de Chiavenato, predominante nos mais diversos trabalhos de administração, não é unânime: há os que postulam que nenhuma mudança significativa vem ocorrendo nos últimos anos. Para esses autores, trata-se

sempre do mesmo e velho capitalismo, reeditando-se infinitamente em sua insaciável intenção de maximizar os lucros, à custa, é claro, da exploração da mão-de-obra do trabalhador:

Nossa proposta de compreensão deste processo (...) parte da constatação da permanência do modo de produção capitalista. A permanência dessa lógica de estruturação do trabalho social, (...), é o elemento crucial, determinante fundamental do desenvolvimento de um novo bloco histórico de abrangência mundial, marcado pelo fenômeno que se convencionou chamar de Globalização. (NETO, 2001, p.58).

Estar-se-ia, portanto, vivendo novos tempos ou apenas uma atualização dos antigos problemas da economia centrada no capital?

O presente artigo propõe-se investigar a função do treinamento em duas perspectivas: no âmbito das organizações privadas e no contexto do funcionalismo público. Aproveitando o diálogo entre autores de perspectivas teóricas diferenciadas, é de fundamental importância estreitar os laços entre o recurso do treinamento e o contexto socioeconômico em que esse recurso se insere.

Parte-se de duas perspectivas teóricas: uma que aposta na mudança e outra que sustenta a permanência. Em um primeiro momento, assume-se o pressuposto de que a estratégia de treinamento ressurgirá para responder uma demanda própria a um mercado em constante mudança (conforme apregoam alguns teóricos da administração).

Nessa perspectiva, quais seriam os efeitos de transposição da estratégia de treinamento ao campo das instituições públicas, onde o apelo de mercado se faz sentir com menos intensidade?

Em um segundo momento, partindo do pressuposto de permanência da estrutura econômica (contrária a de mudança, proposta por Idalberto Chiavenato), questiona-se acerca dos propósitos dessa ênfase, quase exagerada, em qualificar profissionalmente a mão-de-obra.

Ao longo do artigo, espera-se que o leitor construa um posicionamento diante dessas duas posturas teórico-metodológicas, no que elas implicam consequências políticas.

Por hora, faz-se imprescindível resgatar historicamente a diferença entre os modelos mecanístico e orgânico de Administração. Posteriormente, confrontam-se os modelos de Administração burocrática e gerencial para, por fim, localizar a função do treinamento no contexto das organizações públicas e privadas.

2 MODELO MECANÍSTICO X MODELO ORGÂNICO

De acordo com Chiavenato (1999), os modelos organizacionais estão estritamente relacionados às exigências do ambiente sobre a organização. Desse modo, uma organização com posturas rígidas e estáveis tende a sobreviver eficazmente em um ambiente com poucas mudanças, enquanto uma organização flexível e mutável se inclina a obter maiores sucessos em um ambiente em constante transformação. Em uma espécie de darwinismo de mercado, as organizações devem responder às exigências de seu ambiente externo, caso contrário, seriam extintas pela própria competitividade com outras empresas

melhores adaptadas.

Nesse sentido, Chiavenato, apoiado pelas pesquisas dos americanos Burns e Stalker, propõe dois modelos diferenciados de organização: um modelo bem ajustado a um ambiente rígido, denominado modelo *mecanístico*, e outro modelo bem adaptado a ambientes fluidos, chamado de modelo *orgânico ou sistêmico*. As falhas não são inerentes a determinado modelo organizacional, mas uma consequência da (má) interação entre a organização e seu ambiente externo. Portanto, em certo momento da história, nos primórdios da industrialização, o modelo mecanístico mostrou-se bastante eficaz em proporcionar respostas a um ambiente previsível. À medida que os tempos mudaram e o clima de mercado tornou-se inconstante, o modelo mecanístico foi-se tornando defasado, abrindo espaço para novas formas de gerir as organizações. Surgiu uma proposta orgânica, com a ênfase na fluidez dos processos e na comunicação entre os sistemas.

É importante ressaltar que o modelo assumido pelas organizações não é escolhido livremente, mas fruto das contingências ambientais. Quanto maior for o grau de certeza a respeito do ambiente, maior será a previsibilidade do contexto, configurando o tipo de resposta a ser dado pelas organizações. Essas idéias fundamentam a *teoria contingencial* da administração.

Inicia-se pelas organizações mecanísticas:

O modelo mecanístico corresponde aos *modelos clássicos* de administração, tal como foram propostos por Taylor e Fayol, no início do século XIX, e ao modelo burocrático, disseminado nos anos 1940.

Taylor e Fayol, cada um ao seu modo, buscavam princípios universais de administração das empresas, válidos em todos os casos e para todos os ambientes.

Desse modo, Taylor previu normas, regras, para maximizar a produção, consolidando a *administração científica*. Já Fayol preferiu partir da totalidade empresarial, compreendendo a organização como estrutura, para inferir as regras de funcionamento das partes.

Na década de 1940, alguns sociólogos americanos se empenharam em traduzir as obras de Max Weber para o inglês, incorporando as premissas de uma organização estática e impessoal: tratava-se do modelo burocrático, de ampla aplicação às estruturas organizacionais da época. Para Weber (1998), a burocracia fundamentava-se basicamente na racionalidade de seus instrumentos e na previsibilidade dos resultados. Havia distância entre os níveis hierárquicos e as pessoas restringiam-se ao desempenho de seus cargos. As pessoas eram entendidas como um “mal necessário” ao crescimento das organizações.

O tripé Taylor, Fayol e Weber sustentava os modelos de organização mecânica, tratando as empresas como sistemas fechados e mecânicos. Chiavenato (1999) aponta algumas características comuns a esse modelo: divisão funcional do trabalho, cargos altamente especializados, utilização da hierarquia, descrições detalhadas de cargos, interação vertical (entre funcionários e superiores), comportamento governado por instruções e decisões concentradas nas mãos dos cargos de chefia.

O modelo clássico e o modelo burocrático constituíam o conceito tradicional de organização da empresa, seguido fielmente pelos empresários brasileiros (...). A manufatura e a fábrica se orientavam pelos princípios da Administração Científica, enquanto os escritórios e repartições se

orientavam pelo modelo burocrático descrito por Weber. (CHIAVENATO, 1994, p. 12)

Na contrapartida das burocracias organizacionais estão as *ad hoc*acias, modelo fluido, instável e profundamente adaptável às transformações do *aqui e agora* (*ad hoc*). No começo da década de 1960, os teóricos da administração (entre eles Burns e Stalker) incorporaram a seus modelos uma concepção de empresa orgânica, aberta e composta de sistemas em constante interação. Essa concepção de empresa vem responder às demandas dos mercados internacionais, inteiramente interligados, em que o fluxo de informações corre em velocidade exorbitante, tornando as mudanças cada vez mais amplas e complexas.

O livre fluxo de informações entre as partes que compõem os sistemas é a principal característica das organizações orgânicas. A estrutura organizacional dessas empresas deve-se adequar ao dinamismo do mercado, diminuindo o tempo de resposta e investindo maciçamente na criatividade e no aspecto inovador de suas ações.

A responsabilidade pelo trabalho não recai nas mãos de alguns poucos cargos de chefia: é preciso que a empresa administre suas ações de modo integrado e que todos, do mais baixo ao mais alto, sintam-se envolvidos nas decisões tomadas pela organização. E por falar em altos e baixos, as distâncias hierárquicas são diminuídas, aproximando os níveis decisórios e operacionais:

As relações de poder sofrerão uma reviravolta: as relações verticais do tipo chefe X subordinado estão cedendo lugar para as relações horizontais e laterais de

interdependência entre unidades do mesmo nível. (CHIAVENATO, 1994, p. 21).

Essa mudança do modelo organizacional implica consequências bastante visíveis: em primeiro lugar, com o achatamento das burocracias, o fluxo de comunicações torna-se mais claro e direto, facilitando o entendimento entre os setores; em segundo lugar, a comunicação mais fluida melhora os relacionamentos interpessoais e contribui para aclarar as metas e responsabilidades das empresas, tornando mais fácil atingi-las; por fim, a mais importante mudança: a aposta no espírito empreendedor e criativo do capital humano, aproximando os objetivos organizacionais dos objetivos pessoais, dois aspectos amplamente disjuntos nos modelos mecânicos e burocráticos.

Com maior oportunidade de desenvolver seu potencial criativo, as pessoas sentir-se-iam mais realizadas, conectando os seus objetivos pessoais às metas estabelecidas pela empresa. Surge, então, a necessidade de agregar valor ao capital humano, promovendo treinamentos, em curto prazo, ou desenvolvendo suas habilidades, em longo prazo.

No modelo burocrático, o treinamento era compreendido como um modo de adequar o trabalhador à sua função no cargo. Eram eles treinados de forma repetitiva e maçante. No modelo orgânico, os treinamentos tornaram-se dinâmicos, variáveis. Chiavenato enumera quatro mudanças desejáveis em uma proposta de treinamento: transmissão de informações, desenvolvimento de habilidades, desenvolvimento de atitudes e desenvolvimento de conceitos.

Mas será que se consegue importar o recurso do treinamento, tão estreitamente ligado a um determinado

modelo organizacional, ao contexto das instituições públicas?

É necessário diferenciar dois modelos de Administração Pública para, posteriormente, tratar do conceito de treinamento.

3 ADMINISTRAÇÃO BUROCRÁTICA X ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL

O modelo de Administração burocrática insere-se progressivamente no contexto das instituições públicas como uma alternativa aos abusos de poder e às denúncias de corrupção, comuns a certas formas de gestão governamental. Basta resgatar o contexto histórico brasileiro, do início do século XX, para se ter idéia de como funcionava a máquina do estado: durante mais de trinta anos, São Paulo e Minas Gerais revezaram-se nos cargos presidenciais e governamentais, utilizando as relações de poder e força para conceder cargos a seus protegidos. Essa forma de governar ficou conhecida como *política do café-com-leite*, a qual, transposta ao plano municipal dos estados do Nordeste, legitimava os mandos e desmandos dos coronéis.

Quando Getúlio Vargas assumiu o poder, em 1930, fora empreendida uma ampla reforma na Administração do Estado, com o intuito de acabar com os esquemas de corrupção e com a política patrimonialista¹. Essa reforma se fundamentava no paradigma clássico da administração, de Taylor e Fayol. Os pressupostos eram bastante

¹ Sérgio Buarque de Holanda, em seu estudo clássico sobre a formação da sociedade brasileira, intitulado *Raízes do Brasil*, mostra como se constituiu o patrimonialismo brasileiro.

semelhantes àqueles voltados ao contexto das organizações: separação das funções, alto nível de especialização, estabelecimento de regras e procedimentos padrões para o desempenho das atividades etc.

Progressivamente, já na década de 1940, outras remodelações da Administração Pública foram realizadas, como a adoção de princípios hierárquicos, o estabelecimento de relações impessoais entre funcionários, a criação de regras rígidas de controle e outros princípios, os quais estreitavam os laços entre a gestão pública e o modelo de organização burocrática, tal como fora proposto por Weber.

Esses modelos não podem ser dissociados do contexto histórico em que surgiram: no extremo do liberalismo, o Estado encolhe-se ante os interesses particulares, abrindo brechas para a consolidação de uma Administração Pública corrupta e desvinculada dos interesses sociais e coletivos. O reverso da moeda seria um Estado inchado, gordo, que retém todo o processo decisório. Este seria o modelo burocrático incorporado à Administração Pública, em que os cargos se multiplicam em função dos labirintos das hierarquias burocráticas, e o controle das tarefas passa a ser o objetivo principal da Administração estatal.

Vários episódios cotidianos põem em evidência a inadequação do paradigma clássico da Administração Pública aos tempos atuais: Qual cidadão gostaria de ser atendido, num serviço público, por um funcionário taylorista? Qual funcionário público se conformaria com a simples e mecânica execução de tarefas detalhadamente pré-descritas? Quem

duvidaria de que a impessoalidade weberiana exagerada leva ao anonimato, à falta de responsabilização e à ineficiência? Quem, hoje, suporta o comportamento burocrático da burocracia? (PACHECO, 1999, p. 41)

No fim da década de 1960, fora instituído o Decreto-lei 200, pelo qual o Estado brasileiro buscou dinamizar suas decisões administrativas e programar políticas com maior agilidade. A Administração ocorria de modo indireto, pelas agências encarregadas de implementar as políticas públicas, perdendo-se bastante, entretanto, na capacidade de formulação dessas políticas. Um princípio de abertura e de transição democrática, que não se sustentou nos difíceis anos do regime militar.

Por fim, a abertura política da década de 1980 sinalizou épocas de crise do Estado brasileiro: colapso financeiro, corrupção desenfreada, nepotismo e retorno do patrimonialismo. A Constituição de 1988 engessou a Administração Pública, concedendo privilégios àqueles que tinham aproximação com os servidores. O governo de Collor representou o ápice dos esquemas de corrupção envolvendo a máquina administrativa, razão pela qual Itamar Franco apostou em uma reforma geral da Administração Pública. Chegava a época da consolidação de Administração gerencial, retomando as idéias de desburocratização, que se insinuavam no início da década de 1960.

Os princípios da Administração Pública gerencial giravam em torno do fortalecimento da capacidade de governo. Era preciso melhorar a qualidade dos atendimentos públicos e a rapidez das ações políticas. Também se tornou comum a idéia de uma gestão participativa, em conjunto com

os maiores interessados na qualidade dos serviços, ou seja, com a população. Enquanto a Administração burocrática se curvava sobre si mesma, enfatizando os processos de execução das tarefas, a Administração gerencial voltava-se ao público, aos cidadãos-usuários de seus serviços. Em vez de o Estado assumir a função de controle, na Administração gerencial, são os próprios usuários que se encarregam de fiscalizar a máquina administrativa.

E isto somente é possível porque o fluxo de informações entre os serviços e usuários se torna maior: a gestão gerencial é marcada pela transparência de suas informações, as quais são disponibilizadas ao cidadão comum. À medida que o público consumidor se torna mais informado e exigente em relação aos serviços prestados, faz-se necessário que o servidor público se aperfeiçoe cada vez mais para atender às demandas do público. A Administração gerencial implica profissionalizar o serviço público, tendo em vista a excelência no atendimento ao cliente:

O primeiro conteúdo dado à profissionalização foi o da revisão das relações de trabalho, substituindo a relação de tutela, que acompanhava a noção de estabilidade rígida, pela relação baseada em avaliação de desempenho. Essa visão, aliada à correção paulatina das distorções existentes na remuneração, tem por objetivo aproximar o mercado de trabalho do setor público com o do setor privado. (PACHECO, 1999, p. 44).

Qualquer semelhança entre o modelo de Administração gerencial e o modelo de organização orgânica não é mera coincidência: as instituições públicas têm-se aproximado cada vez mais dos moldes privados, incorporando a lógica da organização ao contexto da instituição. A instauração maciça de uma política de Recursos Humanos, no campo das instituições públicas, é a prova mais concreta de que a Administração estatal tem acompanhado (e incorporado) os modelos da Administração privada.

O treinamento, enquanto estratégia, fora importado do âmbito das organizações privadas ao contexto das Administrações Públicas. No entanto, o amálgama da Administração Pública aos princípios da Administração privada comporta certos riscos. E é deles que se reporta o último tópico do trabalho.

4 O TREINAMENTO: DO PRIVADO AO PÚBLICO

Os autores que se esforçam em incorporar os modelos organizacionais ao domínio das instituições públicas parecem fazer a equivalência entre as demandas do mercado, imperativas no contexto empresarial, e as demandas dos usuários, a nova meta da instituição pública. Em termos simples, o mercado está para o setor privado assim como o usuário estaria para o serviço público, pois se as constantes transformações do mercado exigem que as empresas assumam estratégias cada vez mais inovadoras, o novo perfil dos usuários, mais informados de seus direitos e mais dispostos a participar da gestão pública, mudaria também a qualidade do serviço, funcionaria como índice de desempenho dos servidores.

Dentro desses moldes, a exigência crescente de profissionalização acompanha a redução dos quadros dos

servidores públicos. O raciocínio é bem simples: a função do Estado não é a de empregar pessoas, mas a de oferecer serviços de excelência e, quanto menor o número de servidores, mais recursos podem ser destinados aos seus treinamentos, revertendo diretamente o investimento público em favor da própria população.

Essa situação seria o exato oposto do Estado burocrático, inflado de cargos e preocupado em gerenciar exclusivamente a produção, sem se importar com a qualidade final dos serviços.

Na Administração gerencial “perfeita”, o Estado não hesitaria em cortar o número de empregados, em reduzir salários ou diminuir a jornada de trabalho, se essas medidas aumentassem a receita e revertissem o investimento para o benefício da população. Os trabalhadores públicos, altamente qualificados, poderiam ser demitidos a qualquer momento, caso não correspondessem às metas de qualidade nas prestações de serviços. Seria o fim da estabilidade no serviço público e a consolidação do neoliberalismo.

(...) para não comprometer as ações de governo para os cidadãos, o governo local precisará ter a coragem de propor redução de jornada de trabalho com redução de salário e redistribuição de funcionários para áreas que os necessitem, chegando a colocá-los em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço ou, em casos extremos, à demissão. (PACHECO, 1999, p. 48).

Pode-se notar questões que se colocam como pano

de fundo as tentativas de aproximar as estratégias de iniciativa privada ao âmbito do serviço público: qual seria a função do Estado em uma Administração Pública amplamente identificada com os preceitos da iniciativa privada?

E pode-se também vislumbrar uma resposta a essa questão: o transplante de estratégias privadas às instituições públicas só será bem feito na mesma medida que o Estado burocrático for sacrificado. A Administração gerencial demanda um enxugamento das funções do Estado, retirando-lhe parte de seu poder de governança para redistribuí-lo com a população como um todo. O Estado é descentralizado e a gestão é participativa.

O treinamento, retirado do contexto das instituições privadas e transplantado às instituições públicas, teria uma importante função nesse processo de enxugamento do Estado. Como a maioria dos leitores poderia esperar, o treinamento não serve apenas para qualificar profissionalmente os trabalhadores, aumentando a excelência dos serviços. Ele assume um papel muito mais grandioso, muito mais importante, e pode-se mesmo dizer que se torna fundamental para amparar o preceito de um Estado mínimo: o treinamento será o argumento com que a estrutura administrativa do Estado irá responder ao espinhoso problema da empregabilidade.

A crise do emprego não é coisa nova na história do capitalismo: faz parte da própria estrutura do sistema e acompanha os inúmeros momentos de colapso financeiro ao longo da história. Recentemente, como efeito da crise que estourou ao final de 2008, a empresa americana General Motors demitiu mais de duas mil pessoas, em um intervalo de apenas uma semana. Uma pergunta torna-se inevitável: será que se pode proteger das crises investindo numa maior

especialização? Pois se a empresa tivesse que decidir entre demitir um funcionário especializado e outro que não é, quem ela demitiria?

(...) frisa-se a transferência de responsabilidade sobre a solução do problema do emprego (e, conseqüentemente, da carga do desemprego) do campo público para o esforço de treinamento e preparação individuais. (NETO, 2001, p. 57)

A aproximação dos preceitos da iniciativa privada no âmbito das instituições públicas, longe de atender às demandas dos novos tempos, do novo perfil de usuário, é mais uma tentativa de resolver os antigos problemas do capitalismo, disfarçados pelo discurso da globalização e do avanço tecnológico. A crise no emprego não é uma consequência da falta de especialização da mão-de-obra: desde que o capitalismo existe, não há emprego para todos; o desemprego faz parte da estrutura do próprio sistema. Nesse ponto do artigo, avança-se para o avesso da perspectiva teórica de que o mundo está em vertiginosa transformação e de que, por essa razão, as pessoas precisam urgentemente atualizar-se em ações de treinamento ou de especialização. O mundo continua com os mesmos problemas, a diferença é que a responsabilidade coletiva foi deslocada ao plano individual. Há um pouco mais de culpa pela própria miséria, acha-se que o Estado não tem nada a ver com isso e talvez esta seja a única mudança dos velhos aos novos tempos.

Com isso, não se pretende diminuir a importância em aprender novas habilidades, em melhorar o desempenho nas

funções que se assume dentro das instituições públicas ou privadas. A questão não é essa. A verdadeira questão é perguntar para quem e para quê os treinamentos estão sendo viabilizados, seja em instituições públicas, seja em instituições privadas.

Não se compartilha com a posição ingênua de que a Administração gerencial resolverá os problemas do serviço público, porque não existem soluções milagrosas, nem respostas desvinculadas de seu contexto político e social.

Chega-se à reta final deste artigo ilustrando com contribuições: um caso bastante próximo de nossa realidade.

5 CONCLUSÃO: UM EXEMPLO

Em pesquisa de campo sobre treinamento e desenvolvimento, no contexto do Tribunal de Justiça no Ceará, a pesquisadora Dina Maria Cezar (2008) constatou a enorme carência dos servidores públicos em serem beneficiados por cursos os mais diversos, desde o português instrumental até noções de Direito Administrativo, Processual e Constitucional. Eles declararam uma necessidade emergencial na disponibilização desses cursos, os quais deveriam ser realizados dentro de seis meses.

Paradoxalmente, o TJCE conta com uma política de Recursos Humanos, disposta na Lei nº 13.956, de 13 de agosto de 2007, e executada pelo Departamento de Recursos Humanos (DERHU). Os cursos são oferecidos, há investimentos na área, entretanto, 60% das pessoas entrevistadas pela pesquisadora não têm o hábito de participar desses cursos. Quando questionados sobre os motivos pelos quais não participavam, a maioria alegou falta de tempo (24%) ou pouca oferta por parte do departamento competente (39%).

Os resultados deste trabalho despertaram nosso interesse por um motivo bastante simples: a política de recursos humanos fora transplantada do contexto privado ao contexto do TJCE, no entanto, por uma razão desconhecida e não mencionada pela pesquisadora, essa política não consegue ser efetivamente implantada na instituição (basta notar que 60% dos entrevistados não participam dos cursos, um número bastante significativo, muito embora essas atividades sejam propostas no horário de trabalho).

Não basta, portanto, fazer um levantamento das necessidades de treinamento, aos moldes das prescrições dos teóricos da Administração, se não perguntar primeiramente a função dos cursos de treinamento dentro do contexto de determinada instituição pública. Na descrição das características do Tribunal, a pesquisadora enfatizou o caráter hierárquico e departamental dessa instituição pública, onde as decisões estão concentradas nos cargos de chefia:

O tipo de organograma utilizado no TJCE é simplificado e procura deixar bem claro os níveis de hierarquia existentes. A autoridade é formal, aonde a delegação vem do superior imediato. Autoridade liga-se a responsabilidade, isto é, estabelecimento de deveres e obrigações, que se não cumpridos, geram penalidades. (CEZAR, 2008, P. 52)

Demonstra-se, no decurso deste artigo, que a Administração gerencial é incompatível com os níveis de organização hierárquica, própria de um Estado forte e centralizador. Para haver Administração gerencial, é preciso encolher as funções do Estado, minimizá-las, de modo a

dividir a responsabilidade das ações pelos diversos níveis.

O paradoxo do caso do TJCE é o mesmo de muitas instituições públicas brasileiras. Sabe-se que, na prática, os modelos organizacionais e administrativos misturam-se, não são tão puros quanto os esquemas teóricos parecem sugerir. No entanto, a implementação de uma política de Recursos Humanos torna-se praticamente impossível em uma Administração com fortes características burocráticas e centralizadoras. E é preciso fazer escolhas: ou se diminuí o poder do Estado, correndo os riscos próprios ao neoliberalismo, e se implementa uma gestão gerencial, ou se mantém a responsabilidade do Estado diante das decisões políticas, econômicas e sociais, correndo-se os riscos de jamais viabilizar verdadeiramente um programa de Recursos Humanos dentro dessas instituições. Os riscos são inerentes às escolhas, o que não desobriga a escolha.

Ao fim deste trabalho, é preciso posicionar-se diante de diversas e variadas questões: para quê o setor de Recursos Humanos oferece cursos de treinamento? Por que o interesse em participar desses cursos? O que eles têm a acrescentar?

Independente do caminho escolhido, há implicações políticas. Definir a função do treinamento, no contexto de organizações públicas e privadas, não reflete apenas a preocupação com a qualidade do serviço e com o aperfeiçoamento da mão-de-obra. É, antes de tudo, um modo de refletir sobre as demandas impostas pelo contexto político e econômico de nossa sociedade e sobre a forma como essas demandas interferem no cotidiano de nosso trabalho, pois (re)conhecer nossa posição no mundo é também uma maneira de modificá-lo, uma maneira talvez muito mais eficiente do que qualquer ação de treinar pessoas.

REFERÊNCIAS

BURNS, Tom e STALKER, G. M. apud CHIAVENATO, Adalberto. **Gerenciando Pessoas: o passo decisivo para a administração participativa.** São Paulo: Makron Books, 1994, 1992.

CHIAVENATO, Adalberto. **Gerenciando Pessoas: o passo decisivo para a administração participativa.** São Paulo: Makron Books, 1994, 1992.

CHIAVENATO, Adalberto. **Gestão de Pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas organizações.** Rio de Janeiro: Campus, 1999.

CEZAR, Dina Maria Pinheiro. **Treinamento e Desenvolvimento (T&D): Uma Abordagem dos Recursos Humanos do Tribunal de Justiça do estado do Ceará.** (não publicada) Fortaleza, 2008.

FAYOL, Jules Henri apud CHIAVENATO, Adalberto. **Gerenciando Pessoas: o passo decisivo para a administração participativa.** São Paulo: Makron Books, 1994, 1992.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil.** São Paulo, Cia das Letras, 1995.

NETO, Enéas Arrais. Globalização, Qualificação Profissional e Educação in Essentia: **Revista de Cultura da Universidade Vale do Acaraú.** Vol. 3, nº 1, jun/Nov. Sobral: Editora da UVA, 2001.

PACHECO, Regina Sílvia. **Administração Pública Gerencial: Desafios e Oportunidades para os Municípios Brasileiros** in: CEPAM-Fundação Prefeito Faria Lima (Org.).O Município no Século XXI: Cenários e Perspectivas. São Paulo, 1999.

TAYLOR, Frederick Winslow apud CHIAVENATO, Adalberto.

Gerenciando Pessoas: *o passo decisivo para a administração participativa*. São Paulo: Makron Books, 1994, 1992.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade:** Fundamentos da Sociologia Compreensiva. Vol. 1. Brasília: Editora da UnB, 1998.

RETROATIVIDADE DA LEI N. 11.464/2007: UMA VISÃO HISTÓRICA, FÁTICA, SOCIAL, JURISPRUDÊNCIAL E CONSTITUCIONAL DO TEMA

CÉSAR MOREL ALCÂNTARA

Juiz de Direito Titular da Comarca de Aratuba

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Crimes hediondos - Evolução histórico-constitucional. 2.1. Movimento Lei e Ordem. 2.2. Da Lei n. 8.072/90 – situações fáticas. 2.3. A progressão de regime na história e a problemática constitucional de sua proibição pela Lei n. 8.072/90. 3. O caso Oséas HC n. 82.959-AC. 4. Do caso João Hélio e a Lei n. 11.464/2007. 5. Estudo jurisprudencial do tema. 5.1. Da corrente adotada. 6. Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O cerne do presente trabalho é evidenciar a existência de dúvida na doutrina pátria acerca da aplicação da nova lei (11.464/2007) aos crimes hediondos praticados antes de sua vigência e que ainda encontram-se pendentes de julgamento, ou seja, se há possibilidade, ou não, de retroatividade desta lei penal.

Há de se verificar que existe certa predominância da doutrina que considera a impossibilidade de retroação da lei 11.464/2007 por considerá-la mais rigorosa, porém, como se irá demonstrar, este posicionamento não é pacífico, há quem defenda a retroatividade da novel lei por entendê-la

mais benéfica.

Com a mudança do entendimento do STF acerca da constitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 2º da lei 8.072/90 e, posteriormente, com a vigência da lei 11.464/2007, que alterou o mesmo dispositivo legal trazendo ao ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de progressão de regime aos crimes hediondos, surgiram na doutrina pátria algumas controvérsias a respeito da possibilidade de aplicação retroativa da nova lei.

Na doutrina brasileira, existem posicionamentos antagônicos na abordagem do tema. Há doutrinadores que defendem a impossibilidade da aplicação retroativa da lei 11.464/2007 por considerá-la mais gravosa, já que o STF ao considerar inconstitucional o dispositivo da lei 8.072/90 que proibia a progressão de regime passou a aplicar o artigo 112 da LEP aos condenados por crimes hediondos. Outra parte da doutrina, minoritária, é bem verdade, defende a aplicabilidade retroativa da lei, considerando que o parâmetro a ser considerado é o dispositivo legal anteriormente vigente a edição da nova lei, neste caso a novel lei seria mais benéfica ao criminoso, portanto devendo retroagir.

Desta forma, procurar-se-á verificar, no curso deste trabalho, os seguintes questionamentos: (1) O tratamento dispensado aos crimes hediondos deve ser o mesmo dispensado aos crimes comuns? (2) Qual o alcance dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade? (3) Qual deve ser o parâmetro utilizado em relação à nova lei para saber se ela é ou não mais gravosa ao apenado? (4) Existe a possibilidade de aplicação retroativa da lei 11. 464/2007?

A Constituição Federal dispensa tratamento diferenciado aos crimes hediondos e autoriza o legislador a

disciplinar a matéria, surgindo então a lei 8.072/1990. Porém, houve um excesso de severidade na elaboração da lei dos crimes hediondos, e esta veio ferir alguns princípios constitucionais, como por exemplo, o princípio da individualização da pena, ao vedar a possibilidade de progressão de regime.

O STF declarou a inconstitucionalidade deste dispositivo e passou a dispensar aos crimes hediondos o mesmo tratamento dado aos crimes comuns, qual seja: a necessidade de cumprimento de apenas 1/6 da pena para que se alcance o direito de progredir no regime penitenciário. A lei 11.464/2007 surge neste cenário com o intuito de alterar a redação do artigo 2º da lei 8.072/90 tornando constitucional o tratamento dispensado pelo legislador ordinário ao criminoso que praticou um crime hediondo.

Neste trabalho, serão analisados também os fundamentos histórico, social e legal da progressão de regime, além da sua origem, sua definição e requisitos, sendo apreciados, também, no âmbito de sua admissibilidade e de sua finalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, aspectos necessários para aclarar o conhecimento sobre o tema.

Analisar-se-á também as finalidades da pena, seu papel social, as reais necessidades do criminoso para sua reinserção no seio da sociedade. Critica-se a atuação factível do Estado, as medidas paliativas adotadas em situações contingenciais que desrespeitam direitos fundamentais garantidos aos cidadãos por um Estado democrático de direito.

Busca-se um posicionamento criterioso a respeito do impasse apresentado com a perspectiva de se encontrar, as melhores e mais corretas, respostas aos questionamentos

aqui abordados. Procura-se analisar a possibilidade de aplicação retroativa da lei 11.464/2007, bem como verificar a existência de impedimentos à essa aplicação, e por fim, aponta-se a controvérsia jurisprudencial dos Tribunais do país em face dos questionamentos dirigidos à matéria.

Portanto, este trabalho abordará o cabimento da retroatividade da lei 11.464/2007, procurando apontar as controvérsias acerca do tema e apresentar um posicionamento alicerçado no direito e, principalmente, no tratamento isonômico dos apenados resguardado pela Constituição Federal, para que com isso se consiga atingir a efetividade da justiça.

2. Crimes hediondos - evolução histórico-constitucional

Prefacialmente cabe ressaltar que os pontos aqui abordados servirão como fundamento de todo este trabalho, na medida em que para o efetivo desenvolvimento do texto, faz-se mister tomar como linha de trabalho o olhar constitucional acerca dos crimes hediondos, das finalidades da pena e da progressão de regime.

Parece claro que o Texto Maior assentou suas bases na nítida diferenciação entre condutas, identificando aquelas mais severas como hediondas ou equiparadas a hediondas, entregando ao legislador ordinário a escolha pontual dos artigos referentes a essas condutas, respeitando-se, por certo, os princípios constitucionais.

O vocábulo *hediondo* significa repelente, repulsivo, horrendo. Daí pode-se chegar à errada conclusão de que todo crime que causa repulsa é hediondo.

O tema “crimes hediondos” foi uma novidade apresentada pela Constituição Federal de 1988, já que até

então nenhuma das Constituições anteriores havia feito qualquer menção acerca de tal tema. Mas a Carta Magna de 1988 não trouxe uma definição para o que seria crime hediondo, apenas determinou que o legislador ordinário o fizesse.

Foi então, que em 1990, ao criar a Lei dos Crimes Hediondos, o legislador deu resposta ao mandamento constitucional.

Alberto Zacharias Toron afirma que a constituição de 88 "... traz consigo uma forte carga retórica e apelativa com vistas a mostrar a preocupação com a contenção da criminalidade." ¹ Porém, entende que na própria carta maior constata-se o endurecimento penal como sendo um dos vetores desta.

Sem embargo, filia-se em parte à corrente do festejado doutrinador Toron, uma vez que fazendo um apanhado histórico da Assembléia Nacional Constituinte, observa-se que o legislador constituinte tinha a preocupação com a contenção da criminalidade, pois entre "1978 a 1989, temos o colapso econômico e político da ditadura civil – militar (1985) e o início da transição pactuada da sua derrubada com o primeiro governo de transição e a assembléia nacional constituinte. Com as instituições da República em frangalhos, o sistema de segurança pública e repressão montado pelos militares boicota o esforço da redemocratização e cruza os braços." ²

Assim, o número de mortes geradas pela violência que no ano de 1930 era de 2% cresceu em 29% entre o

¹ Crimes Hediondos: o mito da repressão penal: Um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. cit.,p.69

² Luís Mir. Guerra civil: estado e trauma. Geração Editorial, 2004, p.856

início e o final da década de 1980, sendo somente o delito homicídio responsável por 177.418 óbitos entre os anos de 1979 e 1988, segundo os dados do Ministério da Justiça³. Destarte, não parece apelativa ou retórica a preocupação do legislador constituinte com a contenção da criminalidade.

Por outro lado, balizar ou valorar o modelo político criminal adotado na Constituição Brasileira pelo legislador constituinte nos crimes de especial gravidade, a partir de uma interpretação pontual e /ou gramatical, é ofender a hermenêutica constitucional que no dizer de Vicente Ráo⁴:

Tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procurar realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.

Assim sendo, quando a Constituição no seu artigo 5º inciso XLIII dispõe que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura o tráfico

³ Dados oficiais do ministério da justiça

⁴ Métodos de trabalho do Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. RÁO, Vicente

ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que podendo evitá-los, se omitirem”, não se pode afirmar que este artigo seguiu de forma pura um modelo político criminal, uma vez que regidos pelos princípios implícitos e explícitos devem ser interpretados no texto constitucional de forma sistemática como um todo e não interpretados de forma isolada, contemplando como princípio basilar a dignidade da pessoa humana, dos quais se originam os demais princípios como o da individualização da pena, da humanidade, da proporcionalidade, entre outros.

2.1 Movimento Lei e Ordem

Não se pode olvidar, por outra banda, que o legislador constitucional apoiou-se na corrente político-criminal denominada “*Law and Order*”, ou seja, “*Movimento da Lei e da Ordem*”, doutrina norte-americana surgida na década de setenta e com ampla ressonância até meados da década de oitenta.

Destarte, na intenção de restabelecer a lei e a ordem, tal movimento defende, dentre outras atitudes, a criação de novos tipos penais, a intensificação de cominações de tipos penais já existentes, a produção de leis especiais a determinadas tipologias, enfim, defende que força maior deve ser dada à máquina repressiva.

João Marcelo Araújo Júnior, citado por Damásio Evangelista de Jesus⁵, elenca as principais características desse pensamento:

⁵ Jesus, Damásio Evangelista de; *Direito Penal – Parte Geral*, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1.998.

O Movimento da Lei e da Ordem adota uma política criminal, com sustentação nos seguintes pontos:

a) a pena se justifica como um castigo e uma retribuição no velho sentido, não se confundindo esta expressão com o que hoje se denomina “retribuição jurídica”;

b) os chamados delitos graves hão de castigar-se com penas severas e duradouras (privação de liberdade de longa duração);

c) as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos hão de cumprir-se em estabelecimentos penitenciários de máxima segurança, submetendo-se o condenado a um excepcional regime de severidade distinto ao dos demais condenados;

d) o âmbito da prisão provisória deve ampliar-se de forma que suponha uma imediata resposta ao delito;

Pode-se então concluir que a base de apoio de que se serviu o legislador constituinte para a elaboração do inciso XLIII, do artigo 5º, da CF/88, foi, indubitavelmente, o *Movimento da Lei e da Ordem*.

A idéia surgiu na Constituição de 1988, que, ao lado de maiores garantias aos criminosos, introduziu a figura exótica dos chamados crimes hediondos. Valeria como uma espécie de recado: ‘estamos te dando inúmeros novos direitos e te fazendo diversas concessões, mas não cometas crimes hediondos’.

2.2 Da Lei 8.072/90 - situações fáticas

Para o correto entendimento da problemática a seguir evidenciada, mister a compreensão histórica dos crimes hediondos, atentando para as bases ideológicas da legislação ordinária primeira.

Para viabilizar a aplicação do artigo 5º, inciso XLIII, da

Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário editou a Lei n. 8.072/90, visando a não só adequar o preceito constitucional à norma penal como também atender a imperativos de ordem jurídico-social.

Em 06 de junho de 1990, foi seqüestrado no Rio de Janeiro o publicitário Roberto Medina, ficando 16 dias sob o poder dos seqüestradores.

Chocada com os acontecimentos, a população brasileira passou a cobrar medidas drásticas contra a onda de extorsão mediante seqüestro que dominava o país naquele momento (um pouco antes deste, em 1989, foi o empresário paulista Abílio Diniz que sofreu da mesma violência).

O governo vendo-se acuado, principalmente em face da repercussão e das personalidades que vinham sendo seqüestradas, de imediato (em 25 de julho de 1990) promulga a Lei dos Crimes Hediondos - Lei n. 8.072/90, excluindo das pessoas processadas ou condenadas por sua prática, benefícios incorporados ao direito penal, direito processual penal e à execução penal, sem considerar particularidades do caso e da pessoa. Portanto, esta foi, como tudo o que é efetuado às pressas, imperfeita e falha.

Em 1992, outros crimes escandalizaram o país, tratam-se do assassinato da atriz Daniela Perez, e, seguidamente, as chacinas da Candelária e de Vigário Geral. Outra vez o Congresso Nacional, agindo por impulso, sob a pressão dos acontecimentos, praticando uma política de “tentar tapar o sol com a peneira”, altera o artigo 1º da Lei n. 8.072/90 (através da Lei n. 8.930/94), acrescentando à relação de crimes hediondos o *“homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado”*.

Posteriormente, em 1998 acontece o vergonhoso fato

da “pílula de farinha” (a falsificação do anticoncepcional *Microvlar*) o qual mais uma vez agitou a opinião pública e que exigiu nova providência do governo. Com isso, foi incluído no rol dos Crimes Hediondos o seguinte fato típico - “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais”.

Este, em suma, tem sido o caminho percorrido pela Lei de Crimes Hediondos até os dias atuais, passados aproximados 19 anos após sua edição.

A Lei dos crimes hediondos emergiu no mundo jurídico em um cenário de intranqüilidade social, em que a sociedade amedrontada com o alto índice de criminalidade clamava por atitudes enérgicas do Estado, basicamente na repressão e no regime punitivo-repressivo.

Nesse diapasão, o legislador brasileiro optou pelo critério legal da definição dos crimes hediondos, prevendo-os, taxativamente, no art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dessa forma, a Lei enumerou como hediondos os seguintes delitos:

- a) Homicídio Qualificado;
- b) Latrocínio;
- c) Extorsão mediante seqüestro e sua forma qualificada;
- d) Estupro;
- e) Atentado violento ao pudor;
- f) Epidemia com resultado morte;
- g) Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;
- h) Genocídio;

Outrossim, são considerados hediondos por equiparação:

- a) Tortura;

- b) Terrorismo;
- c) Tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins;

Nesse sentido, segue ensinamento do destacado professor PEDRO LAZARINI⁶, em sua mais recente obra:

“É evidente que a tipologia inserida no referido inciso tinha um significado especial: não era constituída de figuras criminosas reunidas ao acaso; havia, entre elas, uma indistigável simetria. A tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afim, o terrorismo e os crimes hediondos, de acordo com aferição do legislador constituinte, representavam lesões graves a bem jurídicos de inquestionável dignidade penal e que estavam necessitados da tutela penal.”

Desse modo, quer-se assentar que a Carta Magna trouxe de maneira explícita tratamento diferenciado no que respeita crimes comuns e crimes hediondos e seus equiparados. Assim, resta destacar que a vontade do constituinte ordinário foi abordar mais severamente os crimes tidos como hediondos.

Neste mesmo raciocínio, o jurista Fernando Capez⁷ dita: “Não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena (art.5º, XLVI), uma vez que o próprio constituinte autorizou o legislador a conferir tratamento mais severo aos crimes definidos como hediondos, ao tráfico ilícito de entorpecentes e ao terrorismo, não excluindo desse maior rigor a proibição da progressão de regime.

⁶ Lazarini Neto, Pedro. Código penal comentado e leis penais especiais comentadas. São Paulo: Primeira impressão, 2007.

⁷ Capez, Fernando. *Curso de processo penal*. 3ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1999

Por outro lado, não consta em nenhuma passagem do texto constitucional que o legislador inferior não possa estabelecer regras mais rigorosas para o cumprimento da pena em delitos considerados, pelo próprio constituinte, como de grande temibilidade social.

Destarte, não existe qualquer relação direta do princípio da individualização da pena com a progressão obrigatória de regime, uma vez que o princípio supra mencionado é aplicado no momento da fixação da pena, observando os critérios do artigo 59 do CPP, ou seja, os antecedentes, o motivo, as circunstâncias e conseqüências do crime, a personalidade do agente entre outros, para assim fixar os limites entre a pena mínima e máxima, como assevera o prof. Victor Gonçalves⁸.

2.3 A progressão de regime na história e a problemática constitucional de sua proibição pela lei 8.072/90

Os sistemas prisionais, assim como o próprio direito penal, ao longo do tempo, passaram por várias transformações e evoluções. Como fora mencionado linhas atrás, as penas e a maneira de executá-las em nada respeitavam a condição humana do condenado, quiçá a de cidadão, detentor de direitos e obrigações.

Segundo a doutrina de Rogério Greco, entre todos os sistemas penitenciários surgidos no decorrer da história destacam-se alguns, dentre eles o Pensilvânico, o Auburniano e ainda o Progressivo.

A princípio, surgiu na Pensilvânia-EUA, por volta de 1790, um sistema que, por óbvias razões, logo foi chamado

⁸ Amaral, Luciana. Lei dos Crimes Hediondos: Uma Análise Crítica. Justilex, Brasília, n 38, p. 12 – 18, fevereiro de 2005.

de Pensilvânico, conhecido também por Filadélfia ou ainda, celular, o qual determinava que os condenados permanecessem recolhidos em suas celas, não podendo trabalhar ou sequer receber visitas, sendo estimulados a ler a Bíblia para que se arrependessem dos crimes praticados.

Tal sistema foi alvo de várias críticas por sua severidade e também por inviabilizar totalmente a readaptação social do preso. Daí, arraigado nas críticas e na tentativa de encontrar um sistema mais eficaz e humano se apresenta o sistema Auburniano.

Nascido na penitenciária de Auburn, localizada no estado de New York-EUA, no ano de 1818, o sistema auburniano é bem menos rigoroso, permite o trabalho do preso de forma progressiva, a princípio de maneira individual em suas celas, depois de maneira coletiva junto com os demais presos, conservou o isolamento do regime anterior embora somente durante a noite. Uma característica marcante desse sistema foi o fato de ser negado aos presos o direito de se comunicarem entre si, por isso ficou conhecido como *silent system*.

As críticas não tardaram, pois a norma absurda do silêncio demonstrava o caráter desumano da pena. E foi nesse sistema que surgiram nos presídios as formas alternativas de comunicação e até hoje utilizadas, como por exemplo, os sinais feitos com batidas nas paredes, ou nos canos d'água e, de forma mais moderna, o esvaziamento das bacias dos sanitários pra falar através delas, o que chamam de boca do boi.

Seguindo a linha evolutiva chegamos à Austrália, novíssimo continente colonizado pelos britânicos, e lá, no presídio do condado de Norwich, na ilha de Norfolk, no início do século XIX, o inglês Alexander Maconochie, capitão da Marinha Real, indignado com o tratamento desumano

dispensado aos degredados para a Austrália, resolveu inovar o sistema penal, eis que surge então o sistema penitenciário progressivo.

A progressão criada por Maconochie dar-se-ia em três estágios, o primeiro conhecido como período de prova, onde o preso era mantido isolado por um tempo, depois, em um segundo momento, como forma de progressão de regime, ao preso era concedido o direito de trabalhar em grupo, mas ainda observando o silêncio absoluto e o recolhimento noturno, tal como no sistema auburniano, evoluindo daí para as *public work-house*, onde conseguiam maiores vantagens, e por fim, o terceiro estágio, onde se permitia o livramento condicional.

A Irlanda adotou o sistema progressivo, porém, acrescentou às três fases mais uma, após a segunda fase e antes da terceira, uma fase intermediária, uma espécie de regime semi-aberto, chamada prisão intermediária, onde os presos trabalhavam em penitenciárias industriais ou agrícolas e recolhiam-se à noite para dormir. Esta foi uma forma encontrada para que o preso demonstrasse se estava reabilitado ao convívio social, se estava recuperado.

Estamos diante do surgimento do sistema de progressão de regimes, onde se viu, empiricamente, que é necessário que haja a reabilitação do delinqüente e sua readaptação à vida social como forma humanizada de execução das penas. Foi desta forma que o homem chegou a uma sociedade evoluída e taxada como civilizada.

Fincadas as bases históricas e sociais sobre os crimes hediondos e equiparados, sobrevoando os aspectos constitucionais e legais do tema, bem como feito um apanhado histórico da evolução das formas de execução das penas, resta o enfrentamento da questão principal deste trabalho, qual seja: a constitucionalidade da progressão de regime de cumprimento de pena dos crimes hediondos.

O Supremo Tribunal Federal⁹ em 1993, no pleno, expressou seu entendimento acerca deste tema no *habeas corpus* nº 69603-1/SP, tendo como relator o eminente Ministro Paulo Brossard e como impetrantes os Doutos Juristas Márcio Thomaz Bastos e Alberto Zacharias Toron, o qual se transcreve a seguir:

À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.

Com o brilhantismo de que lhe é inerente, o eminente ministro Celso de Mello expõe no seu voto no HC nº 69.657-1 de 18/12/92 que:

⁹ Neste mesmo sentido, diversos julgados do STF: HC75.634-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 12 dez. 1997, p. 65.567; HC 59.657.1-SP, Rel. Min. Francisco Rezek, DJU, 18 jun. 1993, p. 12.111; HC 70.657.6-MS, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 29 abr. 1994, p. 9.716; HC 70.044.6-SP, 2ª T., Rel. Min. Paulo Brossard, DJU, 7 maio 1993, p. 8330; HC 70.121.3-SP, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 16 abr. 1993, p. 6.430. Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça: 6ª T. - Resp 5.261-SP, Rel. Min. José Cândido, DJU, 3 dez. 1990, p. 14332 e 5ª T. - Resp 60.733-7-SP, Rel. Min. José Dantas, 5ª T., Resp 62.008-0-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, unânime, DJU, 22-4-1996; 6ª T., Resp 60.251-3-SP, Rel. Min. Vicente Leal, maioria, DJU, 27-5-1996; 6ª T., Resp 78.791-0-SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, maioria, DJU, 9-9-1996; Resp 62.210-7-SP, Rel. Min. Vicente Leal, unânime, DJU, 1996.

“É de ter presente – consoante salienta a doutrina (Arminda Bergamini Miotto, “Curso de Direito Penitenciário”, vol. I/235-246, 1975, Saraiva) – que a exigência de individualização da pena deve ser analisada sobre três aspectos principais : a) o da individualização legal, discricionariamente operada pelo legislador, por meio da abstrata cominação das sanções em função da maior ou menor gravidade objetiva do ilícito; b) o da individualização judicial, efetuada pelo magistrado , por meio da sentença no momento da aplicação concreta da sanção penal ; e c) o da individualização administrativa, concretizada na fase de execução da pena, ensejando-se, dessa forma, nos estabelecimentos prisionais, um tratamento específico para cada condenado. A individualização da pena, destarte, se dá em abstrato (momento de instauração normativa ou de previsão legislativa) ou em concreto (no momento da sentença e na fase de execução da *sanctio júris*).

A determinação legal de integral cumprimento das penas, por crime previsto na lei n 8.072/90, em regime fechado, não mantém qualquer relação de antinomia em face do que prescreve a constituição no preceito que consagra o princípio da individualização da pena (art.5, XLVI).

O princípio constitucional da individualização das penas, que é de

aplicabilidade restrita, concerne, exclusivamente, a ação legislativa do congresso nacional. Este, em consequência, constitui o seu único destinatário. O princípio em causa não se dirige a outros órgãos do Estado, pois.

No caso, o legislador – a quem se dirige a normatividade emergente do comando constitucional em questão -, atuando no plano normativo, e no regular exercício de sua competência legislativa, fixou em abstrato, a partir de um juízo discricionário que lhe pertence com exclusividade, e em função da maior gravidade objetiva dos ilícitos referidos, a sanção penal que lhes é impositiva. A par dessa individualização in abstracto, o legislador – ainda com apoio em sua competência constitucional – definiu, sem qualquer ofensa a princípios ou valores consagrados pela Carta Política, o regime de execução pertinente às sanções impostas pela prática dos delitos referidos. A fixação do quantum penal e a estipulação dos limites, essencialmente variáveis, que oscilam entre um mínimo e um Máximo, decorrem de uma opção legitimamente exercida pelo congresso nacional. A norma legal em questão, no ponto em que foi impugnada, ajusta-se a quanto prescreve o ordenamento constitucional, quer porque os únicos limites materiais que restringem essa atuação do legislador ordinário não foram desrespeitados (CF, ART.5, XLVII) – não se

trata de pena de morte, de pena perpétua, de pena de trabalhos forçados, de pena de banimento ou de pena cruel – porque o conteúdo da regra mencionada ajusta-se à filosofia de maior severidade consagrada, em tema dos delitos hediondos, pelo constituinte brasileiro (CF, ART. 5, XLIII).

A progressividade no processo de execução das penas privativas de liberdade, de outro lado, não se erige a condição de postulado constitucional. A sua eventual inobservância, pelo legislador ordinário, não ofende o princípio da individualização penal.

Assim, a corte suprema por maioria, sendo votos vencidos os ilustres Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, decidiu pela constitucionalidade do artigo 2º, § 1º da lei 8.072/90, coadunando conseqüentemente com os doutrinadores retro citados. Neste mesmo sentido, de forma reiterada tem decidido esse mesmo tribunal e o Superior Tribunal de Justiça.

Vale destacar que durante muito tempo a doutrina discutiu a respeito da constitucionalidade da vedação da progressão do regime de cumprimento de pena, sob o argumento de que o dispositivo lesava os princípios constitucionais da Individualização e Humanidade das Penas.

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal, nos idos da década de noventa chegou a firmar o entendimento de que era constitucional a vedação imposta pelo art. 2º, Parágrafo Primeiro, da Lei n. 8.072/90, não havendo ofensa

ao princípio da Individualização da Pena, entendimento que prevaleceu até meados de 2006, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, PAR. 1º, DA LEI 8072. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO, ONDE O ARTIGO 2º, PARA. 1º. DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS, IMPÕE CUMPRIMENTO DA PENA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. NÃO HÁ INCONSTITUCIONALIDADE EM SEMELHANTE RIGOR LEGAL, VISTO QUE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NÃO SE OFENDE NA IMPOSSIBILIDADE DE SER PROGRESSIVO O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA: Retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz, com dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma. Habeas Corpus indeferido por maioria¹⁰

Em suma, a regra geral era que o condenado por crime hediondo ou equiparado deveria cumprir a pena em regime integralmente fechado.

¹⁰ HC 69.657, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 18.06.1993; Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

3. O caso Oséas - HC 82.959-AC

No dia 23 de fevereiro de 2006, por seis votos a cinco, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei 8.072/90 que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos.

O assunto foi analisado no Habeas Corpus (HC) 82959 impetrado por Oséas de Campos, condenado por molestar três crianças entre 6 e 8 anos de idade (atentado violento ao pudor).

Não se pode olvidar que o mencionado julgamento é um divisor de águas no que se refere ao tema da progressão de regime de crimes hediondos. Neste *leading case*, a colenda Corte Suprema encampou a linha de raciocínio que propugnava pelo reconhecimento da existência do vezo da inconstitucionalidade que acoimava a Lei n. 8.072/90, art. 2º, parágrafo primeiro.

É de se ter por norte, de início, que a concessão da progressão carcerária para apenados cuja condenação versasse sobre crimes hediondos ou equiparados se deu por força de decisão da Suprema Corte, por meio de controle difuso de constitucionalidade. Logo, sem força para aplicação genérica.

Vale destacar, que no caso de controle difuso de constitucionalidade, a lei declarada inconstitucional não é revogada, poderá, no máximo, ter seus efeitos suspensos por força de ato do Senado Federal e, no caso sob comento, da progressão de regime de crimes hediondos, sequer resolução senatorial existiu.

No HC 82.959, conforme vimos, não houve a extensão dos efeitos por ato do Senado, não se há de falar, então, de revogação do art. 2º, parágrafo primeiro da Lei 8.072/90 e,

conseqüentemente, em obrigatoriedade de aplicação da decisão incidental para outros casos semelhantes.

A questão não se resume a seu aspecto penal, mas pertine ao debate de quantos poderes se quer que o STF ostente.

A exigência de que o Senado Federal aprecie, politicamente, a conveniência ou não de suspender, no todo ou em parte, a aplicação de norma declarada incidentalmente inconstitucional pelo STF, apresenta-se como corolário do princípio da conservação das normas e presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos. Apenas no procedimento das ações diretas de controle de constitucionalidade, que apresenta diferenciados pressupostos processuais e legitimidade restrita, é que a decisão do STF no sentido da inconstitucionalidade, dispensará o exame do Senado.

Ademais, em respeito ao Princípio da Tripartição dos Poderes, elucubrado no Iluminismo e desde então considerado um dos pilares filosóficos das repúblicas democráticas, não é dado ao Poder Judiciário legislar em tese, e, mesmo em casos como este, a declaração de inconstitucionalidade na via difusa, com relação a pessoas estranhas a demanda, fica a depender da intervenção do Senado Federal, a quem compete precipuamente (art. 52, inciso X) suspender a execução, no todo ou em parte, da lei assim declarada.

É inequívoco, assim, que o aresto lavrado no HC 82959/SP, não se reveste de efeitos vinculantes. Somente podendo servir de importante precedente advindo da Corte Constitucional. Capaz de influenciar, sem dúvida, as decisões a serem proferidas pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Mas jamais tornar obrigatório o acatamento desta diretriz interpretativa.

Nesse ponto, JOSE AFONSO DA SILVA¹¹, ao lapidar lição, com acerto pontificou:

A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade.

Insta ponderar novamente que a decisão foi tomada por apertado escoro, 6 x 5, num julgamento que se estendeu por mais de 2 (dois) anos, o que bem revela a dissensão que grassa entre os Ministros. Assim, necessária a citação do histórico julgamento, a saber:

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de Habeas Corpus e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do Parágrafo Primeiro do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos

¹¹ Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27a. edição - São Paulo:Malheiros, 2006.

definidos no art. 1º do mesmo diploma legal. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a este ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas a ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Considerou-se, ademais, ter havido derrogação tácita do Parágrafo Primeiro do art. 2º da Lei 8.072/90 pela Lei 9.455/97, que dispõe sobre os crimes de tortura, haja vista ser norma mais benéfica, já que permite, pelo Parágrafo Sétimo do seu art. 1º, a progressividade do regime de cumprimento de pena. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiram a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade,

explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, já que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.¹²

Neste azo, importante destacar a linha do voto divergente, tese inaugurada pelo Excelentíssimo Ministro Carlos Velloso:

O julgamento do caso foi retomado no dia 23/2 com a leitura do voto-vista da ministra Ellen Gracie. Ela decidiu acompanhar a divergência levantada pelo ministro Carlos Velloso e indeferiu o habeas. Para Ellen Gracie, ao vedar a progressão de regime nos crimes hediondos, o legislador nada mais fez do que seguir a trilha do constituinte que discriminou determinados delitos, privando seus autores de alguns benefícios penais. O instituto da individualização da pena não fica comprometido apenas porque o legislador não permitiu ao juiz uma dada opção”, ressaltou a ministra, e acrescentou que a escolha do juiz em matéria de pena está submetida ao princípio da legalidade. Ellen Gracie concluiu que a restrição não apresenta afronta à norma constitucional que preconiza

¹² HC 82959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 23.02.2006.

o princípio da individualização da pena representando apenas opção de política criminal. “É difícil admitir desse grande complexo de normas que constitui o arcabouço do instituto da individualização da pena e da sua execução, que a restrição na aplicação de uma única dessas normas, por opção de política criminal, possa afetar todo o instituto”, declarou.

O ministro Celso de Mello acompanhou a divergência aberta por Carlos Velloso. Disse entender que o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8072/90 não mantém qualquer relação contrária do que prescreve a Constituição Federal. Celso de Mello sustentou que a fixação da pena e a estipulação dos limites, que oscilam entre o mínimo e o máximo, decorrem de uma opção legitimamente exercida pelo Congresso Nacional. “A norma legal em questão, no ponto em que foi impugnada, ajusta-se ao ordenamento constitucional, afirmou.

O ministro Nelson Jobim acompanhou a divergência, por entender que o que instruiu a elaboração da Lei 8.072/90 foi a circunstância de que todos os apenados em crimes hediondos, com longa duração de pena que não têm nenhuma perspectiva de liberação, não têm nenhum constrangimento de praticar crimes dentro do presídio.

Desta feita, após este histórico julgamento, a Suprema Corte passou a considerar inconstitucional o parágrafo único do artigo 2º da lei 8.072/90, abrindo assim, inédito precedente

para posteriores pleitos no sentido de concessão de progressão de regime aos condenados por crimes hediondos. Embora, não seja esta decisão de cunho obrigatório, pois como explicado anteriormente trata-se de declaração de inconstitucionalidade pelo controle difuso, é o que freqüentemente vem ocorrendo.

4. Do caso João Helio e a Lei 11.464/2007

Mais uma vez, a partir de um caso isolado, e aqui não vai nenhum menosprezo a dor e ao sentimento da família protagonista de tão grande tragédia que a seguir será relatada, muito pelo contrário, o mundo jurídico se viu compelido a mudar.

Em verdade, não se trata de uma mudança propriamente dita, e sim de uma retomada da linha antes sufragada pela Corte Maior, qual seja: tratar de forma mais severa os crimes considerados hediondos e seus equiparados, retornando ao estágio constitucional de assunção dos crimes mais graves à categoria de hediondos na Carta Magna.

Porém, antes de detalhar a nova legislação sobre o tema, faz-se necessária digressão para os fatos que serviram de nascedouro para a Lei 11.464/2007, passemos a breve resumo do fato apelidado pela mídia como Caso João Hélio.

A dona-de-casa carioca Rosa Vieites se preparava para encerrar um dia como tantos outros. Pouco depois das 9 horas da noite, deixou o centro espírita que costuma freqüentar em Bento Ribeiro, na Zona Norte do Rio de Janeiro, e entrou no carro com seus dois filhos, Aline, de 13 anos, e João Hélio, de 6, e uma amiga. Logo a família estaria toda reunida, segundo seus planos.

Hélio, marido de Rosa, passara a tarde na casa nova que a família acabara de comprar, acompanhando a reforma, e iria encontrá-los para o jantar. Poucos quarteirões adiante, ao parar num sinal de trânsito, o carro em que estavam, Rosa e seus filhos, foi abordado por dois bandidos armados, os quais

ordenaram que todos descessem.

Começou, então, o pior drama que uma mãe pode viver – e uma trágica histórica que tirou a respiração de todos os brasileiros. Rosa, Aline e a quarta passageira, a qual viajava no banco do carona, saíram do carro. Mas o pequeno João, que estava no banco de trás e usava cinto de segurança, demorou um pouco. A mãe abriu a porta traseira e tentou ajudá-lo. Não deu tempo. Os bandidos entraram no carro e partiram em alta velocidade levando o garoto dependurado, preso pela barriga. Rosa gritou e saiu correndo atrás do veículo, mas só viu o filho ir embora, arrastado pelo chão. O que se passou depois foi uma cena difícil de imaginar, mesmo nos piores filmes de terror – aliás, nenhum roteirista ousou escrever uma cena daquela.

Um crime de tamanha crueldade tem de ser encarado como a gota d'água para mudar o combate à violência no Rio de Janeiro e em todo o Brasil. João Hélio foi arrastado por sete quilômetros em ruas movimentadas de quatro bairros da região. Um motoqueiro que vinha atrás, que pensou tratar-se de um acidente, tentou alcançar o veículo para avisar que havia uma criança próxima à roda. “Na primeira curva, a cabeça bateu na proteção da calçada, e o sangue espirrou na minha roupa. Comecei a gritar e buzinar, mas vi que a criança já estava morta. Quando consegui chegar até o carro, um dos ocupantes pôs a arma na minha cara e me mandou ir embora”, diz a testemunha.

Como sempre, após um fato gravíssimo como o narrado, a população se mobiliza no sentido de encontrar soluções para diminuir a violência urbana e, dentre as propostas, uma delas seria aumentar o tempo de pena a ser cumprido para obter o benefício da progressão de regime.

Surge então a Lei n. 11.464/2007, a qual admite – pela primeira vez em caráter geral – a progressão de crimes hediondos e equiparados, estabelecendo, no entanto, novos vetores temporais: cumprimento de 2/5 da pena, se primário, e

3/5, se reincidente.

Com a aprovação da Lei n. 11.464/2007, já não haverá mais qualquer divergência doutrinária ou jurisprudencial: a nova lei permite a progressão de regime. Assim, o condenado por crime hediondo inicia, obrigatoriamente, o cumprimento da pena em regime fechado, mas encontra-se adequadamente inserido no espaço político-jurídico do sistema penitenciário progressivo. Pode, portanto, progredir se tiver, é claro, bom comportamento carcerário e cumprido parte de sua pena.

Agora, portanto, aqueles que perpetrarem algumas das condutas listadas no rol de crimes hediondos e seus assemelhados, deverão se submeter a um período de cumprimento de pena maior para que só então estejam autorizados a requerer a progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Com efeito, a Lei n. 8.072/90, art. 2º, Parágrafo Segundo, agora foi munida da seguinte redação:

A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) de pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos)), se reincidente.

Não há dúvidas que de agora em diante (a contar de 29 de março de 2007 – data da publicação desta lei, que entrou em vigor juntamente com sua publicação), aquele que vier a praticar crimes desta natureza, deverá se submeter aos rigores desta novel disciplina normativa.

A nova legislação parece resolver, de uma vez por todas, o tratamento dos crimes hediondos e seus equiparados, porquanto aplica de forma equilibrada os princípios constitucionais em evidencia, quais sejam, de um lado a dignidade da pessoa humana, consubstanciado na

possibilidade de progressão de regime de pena (individualização da pena), e, de outra mão, o princípio do tratamento diferenciado entre crime comum e crime hediondo.

Ocorre que a legislação resolveu o tema doravante, deixando uma grande polêmica acerca da retroatividade dos requisitos objetivos para progressão de regime em crimes hediondos.

Com efeito, esta é a atual discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema dos crimes hediondos, qual seja: a aplicação retroativa da Lei n. 11.464/2007.

Desse modo, surgiram duas correntes doutrinárias que defendem posicionamentos antagônicos, uma das correntes interpreta o tema da seguinte forma: se confrontada, a nova lei, com o texto legal anterior, o qual expressamente vedava a progressão de regime para condenados pela prática de crimes hediondos, as novas regras são mais benéficas para o apenado, portanto, haveria a retroatividade.

Assim, progredir de regime após o cumprimento de 2/5 ou 3/5 da sanção penal seria mais benéfico do que a absoluta vedação legal a tal benefício. Logo, os novos requisitos objetivos estatuídos pela Lei n. 11.464/2007 retroagiriam e, portanto, seus efeitos se irradiariam para os crimes praticados antes de sua entrada em vigor.

Para a outra corrente doutrinária, na medida em que a vedação absoluta e apriorística ao direito de progredir de regime era inconstitucional, o Parágrafo Primeiro da LEP, em sua redação original, era inválido e ineficaz, embora vigente.

Por conseqüência, a progressão de regime em crimes hediondos já era admitida, mormente após o julgamento pelo STF do paradigmático HC 82.959, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, em que se reconheceu a inconstitucionalidade da vedação legal à progressão de regime, haja vista a patente contraposição com o princípio constitucional da individualização da pena.

Em verdade a assunção da Lei 11.464/2007 é uma espécie de resposta do Poder Legislativo à decisão do Supremo Tribunal Federal já referida neste trabalho, qual seja, o CASO OSÉIAS, na qual houve a declaração incidental de inconstitucionalidade permitindo, naquele caso, a progressão de regime em crime hediondo, tudo conforme já comentado.

5. Estudo jurisprudencial do tema

Vive-se um confronto jurisprudencial referente ao tema, no entanto, merece reconhecimento o fato de que a aplicação retroativa da Lei n. 11.464/2007 não vem sendo acolhida sob o pálido argumento de não aplicação da lei mais severa.

Por outro lado, mister enaltecer a opinião de alguns julgadores que destacam pontos importantes para aplicação da legislação nova, inclusive para delitos ocorridos antes da vigência da nova lei, baseando-se na ausência de efeito *erga omnes* do HC 82.959 e no fato da Lei n. 11.464/2007 admitir expressamente a progressão de regime para os crimes hediondos.

Tudo indica que haverá severo confronto jurisprudencial acerca da questão, pois, a corrente aqui defendida já serviu de arrimo a diversas decisões proferidas em vários tribunais brasileiros, como por exemplo, os dos Estados do Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul e até mesmo o STJ conforme se extrai das seguintes ementas, *verbis*:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PEDIDO DE PROGRESSÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Hoje, independentemente da discussão sobre a constitucionalidade ou não da lei anterior que regia a matéria, temos que observar a nova redação dada ao § 1º do art. 2º da Lei no

8.072, de 25 de julho de 1990 (que dispõe sobre os crimes hediondos), alcançada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007 (§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.), mais benéfica. Com efeito, tendo em conta que o princípio da não-retroprojeção não tem aplicação no direito penal quando beneficia o réu (A lei posterior, que de qualquer modo favorece o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado art. 2º, Parágrafo único, do Código Penal), é de ser acolhida, em parte, a inconformidade. - Não podemos olvidar que. A sentença deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional, devendo o Juiz levar em consideração o fato superveniente. (trecho da ementa do RESP 53765/SP, Relator Min. Barros Monteiro.) - O apenado, na espécie, passou a cumprir, em 06/06/2005, a pena de 03 anos de reclusão. Assim, considerando os termos da nova lei (§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.), o apenado implementou o requisito de ordem objetiva ao cumprir 2/5 da pena, ou seja, 01 ano, 2 meses e 12 dias, o que ocorreu em 17/08/2006. - Cumprido o requisito objetivo, merece parcial provimento ao agravo, para o fim de ser examinado pelo

Juízo de origem o preenchimento do requisito de ordem subjetiva (comportamento), sob pena de supressão de um grau de jurisdição. **AGRAVO EM EXECUÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo Nº 70016548919, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 26/04/2007)**

RECURSO DE AGRAVO CONTRA A CONCESSÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME AO CONDENADO POR CRIME HEDIONDO, DIANTE DO JULGAMENTO PROFERIDO, POR MAIORIA, PELO STF, DECLARANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, DO ART. 2º DA LEI 8.072/90, QUE VEDA, EXPRESSAMENTE, A PROGRESSÃO DE REGIME EM CRIMES HEDIONDOS, E QUE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC Nº 82.959, FOI INCIDENTER TANTUM E CONDICIONADA À PROVIDÊNCIA PREVISTA NO ART. 52, X DA CRFB. A Lei 11.464, de 28 de março de 2007, deu nova redação ao parágrafo primeiro, do artigo 2º, da Lei 8072/90, prevendo o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena, o que permite a progressão, desde que tenha cumprido 2/5 (dois quintos) da pena, se réu primário, e 3/5 (três quintos), se reincidente. Não se deve admitir que a decisão de primeiro grau seja mantida nos moldes em que foi prolatada, porque

implicaria em ofensa ao princípio isonômico, já que a nova regra é aplicável desde logo, e o ora agravado não preenche o requisito temporal exigido de 2/5, e não faz jus à obtenção do benefício. Provimento do recurso ministerial, para cassar-se a decisão recorrida. **AE n. 2007.076.00434, 8ª Câmara Criminal, TJRJ, Rel.:** DESA. **SUELY LOPES MAGALHÃES, julgado em 17/05/2007.**

RECURSO DE AGRAVO. IMPUGNAÇÃO DE DECISÃO QUE DEFERIU PEDIDO DE PROGRESSÃO PARA REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA SEMI-ABERTO. Artigo 214 c/c artigo 224, alínea a, e artigo 225, II n/f do artigo 71, todos do Código Penal. Condenação a 15 anos de reclusão, em regime integralmente fechado. Decisão do Juízo a quo fundada em recente decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 82.959, proferida incidenter tantum, que afasta a proibição de progressão do regime de cumprimento de pena aos réus condenados por crimes hediondos; carecendo tal decisão de efeito erga omnes, até que se providenciasse a suspensão da eficácia do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8072/90, nos termos do artigo 102, § 2º, da Constituição Federal. Alteração do artigo 2º da Lei nº 8072/90 pela Lei nº 11.464/07, em vigor desde 29 de março de 2007, dispondo ser o regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos e os crimes a eles equiparados o

inicialmente fechado, admitindo-se a progressão de regime após cumprimento de 2/5 da pena privativa de liberdade em não sendo o Réu reincidente. Recurso de Agravo prejudicado, por perda de objeto, ante a alteração da Lei, eis que seu único fundamento era a impossibilidade legal de progressão de regime, devendo ser ressaltado que atende o apenado o novo requisito temporal necessário para a concessão do benefício, já que cumpriu 2/5 da pena a que foi condenado. **AE n. 2007.076.00602, 4ª Câmara Criminal, TJRJ, Rel.: DESA. LEILA ALBUQUERQUE, julgado em 02/05/2007.**

HABEAS CORPUS – CRIME HEDIONDO – PROGRESSÃO DE REGIME – NÃO-PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NA LEI 11.464, DE 28 DE MARÇO DE 2007 – ORDEM DENEGADA. Assim, até o advento da Lei 11.464/07, existia o regime integral fechado no ordenamento jurídico, sem a possibilidade de progressão pelo sentenciado. Para os que obtiveram progressão antes de 29.03.2007 (de maneira contra legem), não se poderá aplicar os novos lapsos temporais (por serem mais gravosos), incidindo, na espécie, a regra geral da LEP (1/6). Mas, para os apenados que se encontravam no regime integralmente fechado até então, somente agora, com o advento da nova legislação, é que poderão progredir de regime, quando cumprirem 2/5

ou 3/5 da pena. **HC n. 2007.009551-2/0000-00, 2ª Câmara Criminal, TJMS, Rel.: DES. CARLOS STEPHANINI, julgado em 09/05/2007.**

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PEDIDO DE PROGRESSÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

- Hoje, independentemente da discussão sobre a constitucionalidade ou não da lei anterior que regia a matéria, temos que observar a nova redação dada ao § 1º do art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990 (que dispõe sobre os crimes hediondos), alcançada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007 (“§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”), mais benéfica. Com efeito, tendo em conta que o princípio da não-retroprojeção não tem aplicação no direito penal quando beneficia o réu (“A lei posterior, que de qualquer modo favorece o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”- art. 2º, Parágrafo único, do Código Penal), é de ser acolhida, em parte, a inconformidade. - Não podemos olvidar que “A sentença deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional, devendo o Juiz levar em consideração o fato superveniente” (trecho da ementa do RESP 53765/SP, Relator Min. Barros Monteiro.) - O apenado, na espécie, passou a cumprir, em 06/06/2005, a pena de 03 anos de reclusão.

Assim, considerando os termos da nova lei (“§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”), o apenado implementou o requisito de ordem objetiva ao cumprir 2/5 da pena, ou seja, 01 ano, 2 meses e 12 dias, o que ocorreu em 17/08/2006. - Cumprido o requisito objetivo, merece parcial provimento ao agravo, para o fim de ser examinado pelo Juízo de origem o preenchimento do requisito de ordem subjetiva (comportamento), sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. AE n. 70016548919, 2ª Câmara Criminal, TJRS, Rel.: DES. MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA CANOSA, Julgado em 26/04/2007.

Por fim, colaciona-se ementa de uma decisão do STJ.

EDcl. nos EDcl na MC 7825 / RS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR 2004/0017170-9 Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112) T6 - SEXTA TURMA 18/10/2007 DJe 14/04/2008. EMBARGOS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR. INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 2º DA LEI

DOS CRIMES HEDIONDOS. LEI Nº 11.464/2007. EMBARGOS REJEITADOS. 1. No julgamento do Habeas Corpus nº 82.959/SP, o Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de 6 votos a 5, pela inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, enviando o cumprimento de suas penas privativas de liberdade ao regime progressivo, disciplinado pelo Código Penal. 2. Tal questão perdeu atualidade, pois que a Lei nº 11.464/2007, que alterou a Lei nº 8.072/90, afastou a impossibilidade de progressão de regime, fazendo do regime fechado apenas o inicial obrigatório. 3. A retroatividade da *lex mitior* é imperativo constitucional (artigo 5º, inciso XL). 4. Embargos de declaração rejeitados.

Portanto, resta à clarividência solar que há jurisprudência pátria em todos os sentidos, quais sejam: tanto a favor como contra a retroatividade da nova lei penal.

5.1 Da Corrente adotada.

Neste trabalho defende-se o entendimento de que a lei 11.464/2007 é realmente mais benéfica ao condenado. Deve-se tomar por base, ou melhor, como parâmetro a lei anterior que regulava a matéria, qual seja, a lei 8.072/90, para que se possa determinar se as alterações decorrentes da nova lei trouxeram maiores benefícios ou maiores danos à situação do criminoso que aguarda o julgamento.

É a partir da disciplina geral da matéria que se deve analisar. Sabe-se que após o julgamento pelo STF do HC 82.959-AC, conhecido como caso Oséas, já bastante

comentado anteriormente, houve uma alteração do entendimento da Suprema Corte, foi declarada a inconstitucionalidade, pela via difusa, do artigo 2º, parágrafo primeiro da lei 8.072/90 que proibia a progressão de regime em casos de crimes hediondos.

É notório que a lei 11.464/2007 é posterior tanto à lei 8.072/1990 como também à decisão proferida pelo STF no HC 82. 959, desta forma, surge a polêmica acerca da retroatividade da nova lei no que se refere à progressão de regime em crimes hediondos.

Uma primeira interpretação é dada tomando por parâmetro a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82. 959 que declara a inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 2º da lei 8.072/90 que, de acordo com o que está transcrito acima, vedava a progressão de regime. Desta forma, sendo declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo, passa-se a aplicar aos crimes hediondos a regra geral de progressão inculpada na lei de execução penal – LEP – lei 7.210 de 11 de julho de 1984, em seu artigo 112. Colaciona-se o artigo.

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Portanto, passou-se a dispensar aos crimes hediondos o mesmo tratamento dispensado aos crimes comuns, qual seja: a necessidade de cumprir apenas 1/6 do total da pena para que o condenado pudesse progredir de regime.

A Constituição Federal é explícita ao determinar tratamento diferenciado entre os crimes ditos comuns e os batizados por ela mesma como hediondos. O artigo 5º, XLIII, demonstra a gravidade das conseqüências para quem pratica crimes hediondos.

Art. 5º (...)

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (grifo nosso)

Aqui se constata apenas a diferenciação de tratamento dispensada pela Constituição aos crimes ditos hediondos. Foi o legislador ordinário, orientado por esse tratamento peculiar dado pela lei maior aos crimes intitulados como hediondos, que disciplinou na lei 8.072/1990 a proibição da progressão de regime. Portanto, há de se tratar de forma especial e diferenciada os criminosos que praticam crimes hediondos.

Destarte, tendo como parâmetro a decisão do STF no caso Oséas, que passa a aplicar aos crimes hediondos a mesma condição objetiva (cumprimento de 1/6 da pena) dos crimes comuns, para haver a progressão de regime, desobedece este dispositivo Constitucional, tratando de maneira exatamente igual os condenados por crimes hediondos e por crimes comuns.

A lei 11.464/2007 é posterior a esta decisão e exige o cumprimento de no mínimo 2/5 ou 3/5 da pena para obter o mesmo benefício, daí, o entendimento da maioria da doutrina de não ser possível a retroatividade da lei. Porém, a lei 11. 464/2007 obedece ao preceito constitucional que diferencia o

tratamento dos crimes hediondos em relação aos demais, determinando um tratamento peculiar aos crimes hediondos.

Já para a outra parte da doutrina, minoritária, é verdade, o parâmetro que se deve adotar na avaliação da gravidade da lei posterior é a lei 8.072/1990, que veda a progressão de regime aos crimes hediondos, lei em abstrato, de efeitos *erga omnes*. Levando-se em consideração tal parâmetro, logo se percebe que a lei posterior que vem disciplinar a matéria da progressão nestes casos, é mais benéfica, pois autoriza a progressão estabelecendo o *quantum* de cumprimento da pena necessário para ocorrer a mudança de regime. Logo, a lei 11.464/2007 em relação à progressão de regime de crimes hediondos é uma lei *mitior*.

É de bom alvitre, neste momento, que se faça uma digressão sobre o tema do controle de constitucionalidade, pois é de essencial importância para o entendimento da doutrina que reconhece a lei 11.464/2007 como uma lei mais benéfica, e, portanto, defende sua aplicação retroativa.

Existem algumas formas de controle de constitucionalidade, o controle judicial que, como o próprio nome revela, é feito exclusivamente pelo poder judiciário, o controle político realizado por órgãos estranhos ao judiciário e por fim, o controle misto, onde em algumas situações o controle é realizado pelo poder judiciário e em outros casos específicos é realizado por órgãos estranhos a este poder.

O sistema de controle de constitucionalidade do Brasil, em regra, é do tipo judicial, porém, o Poder Executivo e o Legislativo também, em situações especiais, exercem atividade fiscalizadora da validade formal e material das leis infraconstitucionais. O controle de constitucionalidade encontra guarida, normalmente, nos Estados que possuem uma Constituição rígida, como é o caso da Constituição brasileira.

Existem várias formas de controle, e estas se apresentam de maneira pulverizada por todo o processo de elaboração e

vigência das normas. O controle ocorre em diversos momentos e pode ser exercido por pessoas que possuam legitimidade determinada em lei, ou ainda, por qualquer pessoa que seja prejudicada em seus direitos constitucionais.

Dependendo do momento em que o controle ocorre, este pode ser preventivo ou repressivo, se ocorre durante o processo de elaboração da norma, chama-se preventivo, caso ocorra depois do início da vigência da norma, chama-se repressivo. Pode ainda ser classificado como concentrado/abstrato ou difuso/concreto.

O controle de constitucionalidade é dito concentrado quando apenas o órgão supremo do Poder Judiciário pode realizá-lo, ou seja, somente o STF detém competência constitucional para realizar este tipo de controle. Logo, esta competência é chamada exclusiva e original.

O controle concentrado é da lei em tese, em abstrato, daí surge outra nomenclatura, qual seja: controle abstrato. A lei sofre o questionamento acerca de sua constitucionalidade, não há partes litigantes, aqui se busca expelir a lei ou o ato inconstitucionais do sistema normativo, portanto, o efeito gerado por tais decisões atinge a todos, é *erga omnes*.

A contrário senso, o controle difuso pode ser realizado por qualquer órgão judicial de qualquer instância. Durante a discussão de uma relação jurídica surge a dúvida sobre a constitucionalidade de um ato normativo e para que o órgão judicial possa proferir decisão meritória no processo faz-se necessária a apreciação prévia e indispensável do incidente processual surgido. Portanto, neste caso há partes discutindo em juízo determinado direito que pode vir a ser prejudicado por suposta inconstitucionalidade de uma norma. Logo, a decisão proferida no processo atinge única e exclusivamente aos litigantes, mesmo que tal decisão seja da lavra da Suprema Corte daí, fala-se em efeitos *inter pars*.

Para que tal decisão venha a atingir outras pessoas que

não integrem diretamente a relação processual, é obrigatória a manifestação do Senado Federal a respeito do dispositivo declarado inconstitucional de forma incidental, já que toda lei possui presunção de constitucionalidade, ou ainda, que o Supremo Tribunal Federal elabore uma súmula vinculante disciplinando a matéria. Colacionam-se os dispositivos constitucionais que tratam da matéria.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Destarte, a decisão proferida no HC 82.959 – AC declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do art. 2º da lei 8.072/90, com um *quorum* apertadíssimo, 6X5, diga-se de passagem, tem efetividade apenas para a parte daquele processo, e abre apenas precedente para posteriores questionamentos no mesmo sentido. O STF mesmo diante de inúmeros requerimentos de igual teor, jamais elaborou súmula que vinculasse os demais órgãos judiciais àquela decisão.

O Senado Federal não se manifestou a respeito do dispositivo da lei declarado inconstitucional, não houve qualquer resolução senatorial que suspendesse a eficácia do dispositivo que continuou vigendo normalmente no ordenamento jurídico pátrio.

O parágrafo primeiro do artigo 2º da lei 8.072/90 continuou vigorando até a entrada em vigor da lei 11.464/2007, ou seja, durante o lapso de tempo decorrido entre a decisão proferida no HC e a entrada em vigor da nova lei, nada mudou, o ordenamento jurídico pátrio acerca de crimes hediondos não foi alterado, permaneceu o mesmo.

A alteração ocorreu após a lei 11.464/2007 que autorizou a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos, daí se afirmar que a nova é mais benéfica que a lei 8.072/90 que vedada totalmente a progressão, devendo, desta feita, retroagir.

Portanto, são por estas razões que se firma posição no sentido de que a nova lei é retroativa. Sua maior benignidade é patente na medida em que deve ser verificada não diante da decisão do STF no HC 82.959-AC, mas em face da redação do art. 2º, parágrafo primeiro da Lei n. 8.072/90.

Noutras palavras, no plano abstrato, o artigo da Lei n. 8.072/90 por meio do qual se impedia a progressão em crimes hediondos, continuava a vigor; podia deixar de ser aplicado dado o exercício do controle difuso de constitucionalidade, sem que, todavia, estivesse excluído do sistema jurídico, dado que essa exclusão somente se faz por via das ações diretas.

Portanto crimes hediondos praticados mesmo em período anterior ao surgimento da Lei n. 11.464/2007 devem progredir de regime tendo como parâmetros os novos ditames previstos, quais sejam, 2/5 ou 3/5.

Pensar o contrário seria dispensar tratamento igual aos crimes hediondos e aos não hediondos no campo da progressão de regime, em afronta à Constituição Federal.

Com efeito, os crimes hediondos e seus equiparados são pautados de severa gravidade e representam as mais repugnantes lesões que se podem impor aos bens jurídicos, a cuja tutela dedica-se o Estado que por sua vez decidiu dispensar tratamento bem mais rigoroso a tais crimes.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que, para a justiça ser efetivada é necessário que a lei 11.464/2007 seja aplicada de forma retroativa. Sua maior benignidade é patente na medida

em que deve ser verificada não diante da decisão do STF no HC 82.959-AC, mas em face da redação do art. 2º, parágrafo primeiro da Lei n. 8.072/90.

Noutras palavras, no plano abstrato, o artigo da Lei n. 8.072/90 por meio do qual se impedia a progressão em crimes hediondos, continuava a vigor; podia deixar de ser aplicado dado o exercício do controle difuso de constitucionalidade, sem que, todavia, estivesse excluído do sistema jurídico, dado que essa exclusão somente se faz por via das ações diretas.

Portanto crimes hediondos praticados mesmo em período anterior ao surgimento da Lei n. 11.464/2007 devem progredir de regime tendo como parâmetros os novos ditames previstos, quais sejam, 2/5 ou 3/5.

Pensar o contrário seria dispensar tratamento igual aos crimes hediondos e aos não hediondos no campo da progressão de regime, em afronta à Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Luciana. Lei dos Crimes Hediondos: Uma Análise Crítica. *Justilex*, Brasília, n 38, fevereiro de 2005.

BASTOS, Marcelo Lessa. **Crimes hediondos, regime prisional e questões de direito intertemporal**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1380, 12 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9734>>. Acesso em: 02 ago. 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 3ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1999

GOMES, Luiz Flávio. **Lei nº 11.464/2007: liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/>

texto.asp?id=9686>. Acesso em: 02 ago. 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de; **Direito Penal – Parte Geral**, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1.998.

JURISPRUDÊNCIA do STF disponível na internet: <http://www.stf.gov.br/>

JURISPRUDÊNCIA do STJ disponível na internet: <http://www.stj.gov.br/>

JURISPRUDÊNCIA dos tribunais estaduais dos estados do Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul disponível na internet: <http://www.tj.rj-juris.gov.br/> , <http://www.tj.ms-juris.gov.br/> , : <http://www.tj.rs-juris.gov.br/> ,

LAZARINI NETO, Pedro. **Código penal comentado e leis penais especiais comentadas**. São Paulo: Primeira impressão, 2007.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Progressão de regime prisional e crime hediondo**. Análise da Lei nº 11.464/2007 à luz da política criminal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1426, 28 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9936>>. Acesso em: 02 ago. 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

MIR, Luís. **Guerra civil: estado e trauma**. Geração Editorial, 2004.

RÁO, Vicente. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27a. edição - São Paulo:Malheiros, 2006.

AS SÚMULAS VINCULANTES: UMA ABORDAGEM CRÍTICA EM CONSIDERAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA

Luiz Régis Bomfim Filho

Advogado Aluno da Pós-Graduação em
Processo Civil e Gestão do Processo da ESMEC

RESUMO: A Emenda Constitucional nº 45, que institui a chamada Reforma do Judiciário, concedeu a prerrogativa ao Supremo Tribunal Federal de tornar suas reiteradas decisões jurisprudências, sobre matéria constitucional, vinculantes perante os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. A aludida prerrogativa deve obedecer a um rito descrito na Constituição Federal em seu artigo 103-A e na Lei nº 11.417/07, que o regulamenta. Destarte, ocorreram vários conflitos ideológicos entre os operadores de Direito a respeito de diversos aspectos da mencionada vinculação do entendimento dominante do STF. Discutiu-se, principalmente, acerca da morosidade do Poder Judiciário. Desta feita, o presente artigo objetiva tecer considerações sobre o instituto jurídico súmula vinculante, abordando, em especial, aspectos relevantes sobre o acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Emenda Constitucional Nº 45. Supremo Tribunal Federal. Súmulas Vinculantes. Artigo 103-A. Acesso à Justiça.

SÚMARIO: 1. Introdução. 2. A morosidade do Poder Judiciário. 2.1 A enorme demanda judicial. 2.2 A insuficiência de juízes. 2.3 O excesso de formalismo. 2.4 A ineficácia

estrutural nos fóruns. 3. As Súmulas Vinculantes. 3.1 Emenda Constitucional nº45. 3.2 Conceito. 3.3 Natureza jurídica. 3.4 Efeito vinculante. 4. O acesso efetivo à justiça. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Ciência do Direito consubstancia-se em uma constante e minuciosa investigação das relações sociais, culminando atingir uma sociedade justa, ordenada e solidária. É cediço que o Poder Judiciário, aplicador precípua do Direito, encontra-se sobrecarregado e, por conseguinte, lento. A manifesta hipossuficiência dos órgãos julgadores ante a imensa demanda judicial existente enseja provimentos jurisdicionais precipitados e confusos, o que rende ensejo a diversos prejuízos ao princípio constitucionalmente estabelecido do acesso à justiça.

Além do assoberbo de ações judiciais que retarda à prestação jurisdicional, o cidadão se depara ainda com a divergência de entendimentos entre os julgadores. O jurisdicionado está à mercê de um sistema judicial lotérico, em que, demonstrando uma insegurança jurídica, uma tese é acatada em determinada sala e, em vezes, em outra sala do mesmo tribunal, a mesma tese abordando a mesma questão é repelida.

Diante dessa conjuntura sócio-jurídica, em 8 de dezembro de 2004, promulgava-se a Emenda Constitucional nº 45, a então denominada “Reforma do Judiciário”. Essa emenda ensejou uma série de alterações no texto constitucional, dentre as quais se introduziu o instituto das súmulas vinculantes, cujo objetivo constitui principalmente na ênfase à celeridade e à segurança na prestação jurisdicional como pressupostos ao acesso efetivo à justiça.

Nessa perspectiva, deve-se elucidar com afinco toda a conjuntura sócio-jurídica emergida com a instituição das súmulas vinculantes a partir da Emenda Constitucional nº 45. Ademais, no desenrolar no presente texto, buscou-se conceituar e caracterizar o instituto súmula vinculante na sistemática do Direito Brasileiro, observando sua eficácia e extensão no que concerne, em especial, aos ditames do acesso à justiça.

2. A MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Uma das funções primordiais do Estado Democrático de Direito brasileiro consiste em dirimir litígios entre seus cidadãos. Tal atividade está assegurada constitucionalmente como o princípio do acesso à justiça, configurando cláusula pétreia e consubstanciada parcialmente no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “a lei não excluía da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Cabe aqui salientar que o simples encaminhamento de petição perante um juízo não é suficiente para o cumprimento ao princípio do acesso à justiça. Haverá de se proceder à efetiva prestação judicial, culminando com provimento jurisdicional que responda com satisfação o caso concreto ora em julgamento. No entanto, caso tal resposta estatal não for proferida em período razoável, ensejar-se-á uma frustração naqueles que almejam por Justiça. Daí a razão pela qual urge salientar os dizeres constitucionalmente previstos no inciso LXXVIII do artigo 5º, *in verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Destarte, dentre os mecanismos jurídicos surgidos com advento da Emenda Constitucional nº 45, destaca-se o sistema de acatamento obrigatório de entendimento dominante do Supremo Tribunal Federal, as denominadas súmulas vinculantes. Estas vieram a surgir como um dos dispositivos solucionadores da incômoda morosidade do Poder Judiciário, que enseja, em vezes, o afastamento da população da atividade jurisdicional, apontando, por conseguinte, uma existente falta de credibilidade no Poder Judiciário. A jurisdição não significa apenas conceder a possibilidade de ajuizar uma demanda judicial, mas também a satisfação do direito do jurisdicionado. Sobre a aplicação das súmulas vinculantes, Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 370) assim comenta:

A aplicação da súmula vinculante na *práxis* judiciária brasileira apresenta-se como uma contribuição para o controle da excessiva proliferação dos feitos repetitivos, nas chamadas *demandas múltiplas*, que empolgam conflitos de massa e, também, para conferir estabilidade à jurisprudência assentada, nos casos em que *não se justifique* o dissídio, seja porque não sobreveio direito novo, seja porque as fontes substanciais da norma de regência remanesceram inalteradas, seja, enfim, porque se afigure conveniente e oportuno manter a exegese predominante. Não se trata de instrumento ou técnica com pretensões à solução cabal e definitiva dos males – crônicos e notórios – que assolam a distribuição da justiça no país, impondo-se, paralelamente à sua adoção, o

implemento de outras e importantes medidas, tais como: ampliação do número de juízes; melhoria das técnicas para seu recrutamento; reestruturação das carreiras jurídicas no serviço público; incentivo ao aprimoramento profissional de seus integrantes; fomento aos Juizados Especiais, Tribunais Arbitrais e demais formas alternativas decomposição dos litígios; incremento à assistência judiciária, gratuita e integral; criação de varas especializadas em conflitos metaindividuais, como os atinentes aos consumidores e ao meio ambiente; informatização da máquina judiciária; readequação do regime de férias forenses.

Ademais, deveras se discute sobre a viabilidade de se solucionar a morosidade processual mediante a instituição das súmulas vinculante. A questão não envolve apenas o meio forense, ou seja, não é apenas jurídica, de interesse não somente de advogados e magistrados. Trata-se de uma questão social, de interesse da coletividade em decorrência de suas graves conseqüências. Já afirmava Rui Barbosa (1921, p. 34): “[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Percebe-se, assim, que a súmula vinculante constitui um assunto espécie de um tema gênero chamado: Acesso à Justiça. Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 359) a conceitua da seguinte maneira:

Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja no plano

constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.

Desta feita, a atual situação morosa do Poder Judiciário pode se justificar principalmente em virtude da enorme demanda judicial, da insuficiência de juízes, do excesso de formalismo e da ineficácia estrutural nos fóruns brasileiros. Analisar-se-á a seguir, cada uma dessas causas supracitadas.

2.1 A enorme demanda judicial

No cotidiano da atividade jurisdicional são vários os despachos, decisões interlocutórias e sentenças proferidas diariamente pelo magistrado. Trata-se de excessiva responsabilidade àqueles incumbidos de proporcionar a jurisdição. Situação esta oriunda, principalmente, do crescimento gradual e constante do número de ações ajuizadas nos últimos anos. Daí a razão pela qual o Poder Judiciário se demonstra incapaz diante de tantos processos. Mônica Sifuentes (2005, p. 258) aborda a crescente demanda judicial como fator instituidor das súmulas vinculantes:

A multiplicação de causas idênticas, especialmente na Justiça Federal, foi o principal motivo da instituição das súmulas pelo STF, em 1963. Àquela época, julgavam-se sete mil processos por ano. Hoje se julgam vinte vezes mais. O

crescimento geométrico das demandas fez com que a edição das súmulas, que vinha prestando notável serviço ao Judiciário, não fosse o bastante para resolver o infindável acúmulo de processos. Daí a necessidade de atribuir caráter vinculativo à súmula, ao menos para os tribunais e a Administração Pública, como medida de política judiciária, a fim de diminuir o número de demandas em curso nos tribunais.

Assim, a aludida vastidão de pedidos judiciais ocasiona o asoberbo de processos de diversas especialidades nos fóruns dos principais centros urbanos, rendendo ensejo a diversas conseqüências. Fábio Periandro de Almeida Hirsch (2006, p. 103) esclarece o seguinte:

O reflexo desse aumento de demandas se reflete, perigosa e desafiadoramente, nas portas do Poder Judiciário, gerando críticas crescentes, dissabores cotidianos e, sobretudo, descrédito quanto às suas instituições. A Constituição Federal, a reboque, também padece dessa insatisfação popular, sendo enxovalhada a cada dia.

Não obstante existir o supramencionado descrédito às instituições jurídicas, o grande número de processos advém também de certas causas um tanto que positivas à sociedade, mas negativas a celeridade processual. Cita-se como exemplo dessas causas, a maior conscientização da população acerca de seus direitos, utilizando-se mais do Poder Judiciário para solucionar suas situações litigiosas.

Destarte, a elevação do nível cultural do trabalhador nas grandes capitais, a obtenção de maior número de informações através dos meios de comunicação e certa conscientização política são fatores que contribuíram em prol da aludida aproximação do jurisdicionado às instituições judiciárias. Questões, situações e teses eminentemente jurídicas passaram a ser amplamente abordadas sob a perspectiva da atenção popular, rendendo ensejo a uma maior procura ao Judiciário com o fim de auferir, efetivamente, direitos. Destaca-se, então, o alerta de Mauro Cappelletti (1988, p. 164):

[...] grande e crescente número de indivíduos, grupos e interesses, antes não representados, agora têm acesso aos tribunais e a mecanismos semelhantes, através das reformas que apresentamos ao longo do trabalho, a pressão sobre o sistema judiciário, no sentido de reduzir a sua carga e encontrar procedimentos ainda mais baratos, cresce dramaticamente. Não se pode permitir que essa pressão, que já é sentida, venha a subverter os fundamentos de um procedimento justo.

2.2 A insuficiência de juízes

Como já afirmado no tópico anterior, os juízes se deparam com um grande volume de processos diariamente. O que consubstancia, também, a própria insuficiência de juízes. Áurea Pimentel Pereira (2006, p. 18) afirma o seguinte sobre tal situação:

[...] celeridade na distribuição de justiça, só será possível, se e quando houver uma divisão de tarefas, pelos juízes, que seja,

diferente do brutal volume de serviço que atualmente é suportado pelos magistrados, sempre em número absolutamente insuficiente para atender a uma demanda que, a cada dia, é maior.

Ressalta-se que não configura causa da insuficiência de juízes a falta de concursos, mas, sim, a falta de nomeações atinentes aos concursos já realizados. As vagas não preenchidas avolumam-se e simultaneamente a cada ano aumenta o número de ações a serem julgadas. Em vezes, os tribunais encontram dificuldades para promover as devidas nomeações, uma vez que grande parte dos candidatos revela-se despreparados para a magistratura. Paradoxalmente, surgem vários novos cursos de direito no país, revelando fator alarmante no que concerne à qualidade dos mesmos.

Assim, importante frisar que não bastam apenas as convocações de novos juízes, mas que estes sejam produtivos em prol da celeridade processual. Destarte, os cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados configuram-se elementos imprescindíveis à própria efetivação da prestação jurisdicional.

2.3 O excesso de formalismo

É cediço o existente e excessivo apego às concepções burocráticas nas repartições públicas brasileiras. Propugna-se demasiadamente à forma, ao papel e às leis. São deveras pilhas de processos nas varas judiciárias. Assim, tal burocracia surte efeitos ante as demandas judiciais em detrimento, por óbvio, da celeridade processual. Décio Sebastião Daidone (2006, p.23) explana o seguinte:

O formalismo das leis processuais

atrapalha o andamento processual, juntamente com a justificada sutileza capciosa em questões judiciais apresentadas pelos advogados, aproveitando a burocracia judicial, utilizam todos os recursos, levando por vezes aos Tribunais Regionais e Superiores, questões sem nenhuma relevância jurídica ou social, e até mesmo incabíveis na hipótese por não atenderem aos pressupostos legais, mas que no entanto, obrigam as Cortes a se pronunciarem.

Paradoxalmente, interessante analisar o excesso de formalismo a lume do princípio da economia e da instrumentalidade da formas. Conforme entendimento do artigo 154, do Código de Processo Civil, os atos processuais somente exigem forma determinada quando a lei expressamente exigir. Por conseguinte, serão considerados válidos os atos que atinjam sua finalidade essencial, mesmo quando realizados de outra forma. Assim, Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 74) explana o seguinte:

Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o

mínimo emprego possível de atividades processuais. Típica aplicação desse princípio encontra-se em institutos como a reunião de processos em casos de conexidade ou continência (CPC, art. 105), a própria reconvenção, ação declaratória incidente, litisconsórcio etc.

Cumpra registrar a existência de certos formalismos processuais que devem certamente ser respeitados, havendo hipóteses em que caso não cumpridos, ensejariam a nulidade do processo por inteiro. No entanto, o que se depara normalmente no dia a dia forense, são atos processuais excessivamente eivados de formalismos, os quais uma vez evitados, poder-se-ia certamente contribuir para o deslinde mais sereno e justo no tocante às diversas lides postas à apreciação do Poder Judiciário.

2.4 A ineficácia estrutural nos fóruns

As dependências das entidades jurisdicionais necessitam de uma maior estruturação tanto para receber aqueles que acessam a Justiça, tanto para aqueles que proporcionarão a Justiça, ou seja, os servidores e juízes. Surtiria efeitos com alcance limitado, por exemplo, o aumento do número de juízes, uma vez que a lentidão processual é decorrente também de problemas estruturais. Desta feita, Décio Sebastião Daidone (2006, p. 20) descreve os aspectos estruturais da Justiça do Trabalho:

Por ausência de uma política eficaz nos últimos 20 anos de atualização do instrumental e recursos humanos, contribuiu com que houvesse emperramento ou maior morosidade do judiciário. Somente agora, a cerca de 10 anos é que se iniciou

movimento visando a informatização de todo o sistema judiciário federal trabalhista. O que começou isoladamente em alguns tribunais regionais, especificamente para a segunda instância e que muito lentamente se espalhou para a primeira e também para os demais Tribunais. Está agora em estudo, para a Justiça do Trabalho, a integração de todo o sistema eletrônico em uma só linguagem e sob a unidade do Tribunal Superior do Trabalho, para facilitar o acesso nacionalmente, e não apenas de processos pelos advogados e partes, mas de controles estatísticos, por vezes necessários para identificação de deficiências que podem ser solucionados como maior presteza.

O avanço tecnológico enseja uma otimização em vários aspectos do cotidiano, constituindo, atualmente, uma ferramenta fundamental em diversos ramos de trabalho. O que não seria diferente nas secretarias das varas jurídicas. Diversas são as inovações que a informática, por exemplo, enseja na prática jurídica tal como: a assinatura digital. Por meio desse mecanismo existe a possibilidade de assinar e autenticar documentos de qualquer lugar do mundo mediante a rede mundial de computadores. A tendência é de que se dispense a presença da pessoa física nos cartórios. Essa possível revolução no cotidiano jurídico é oriunda da vigência da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial.

No entanto, em decorrência do surgimento de pessoas que se dedicam a burlar os sistemas eletrônicos, é

imprescindível a existência de fortes mecanismos e procedimentos assecuratórios da segurança dessas inovações, senão ao invés de proporcionar celeridade, tais tecnologias proporcionaram transtornos e insatisfações. Destarte, a carência de uma informatização de todo o sistema judiciário propiciará a dificuldade de se conduzir a prestação jurisdicional.

Destarte, conclui-se que as repartições públicas que consubstanciam fisicamente o Poder Judiciário padecem de urgente estruturação.

3. AS SÚMULAS VINCULANTES

No presente tópico, analisar-se-á a instituição e vigência das súmulas vinculantes, abordando desde sua origem com a Emenda Constitucional nº45 à sua natureza jurídica e seu efeito vinculante.

3.1 Emenda Constitucional Nº 45

As normas constitucionais constituem comandos legislativos fundamentais e supremos, que, em regra, exigem um processo legislativo árduo de mutação. Estas são oriundas de um poder extraordinário originário e soberano. Hans Kelsen (1998, p. 182) leciona:

A estrutura hierárquica da ordem jurídica de um Estado é, grosso modo, a seguinte: pressupondo-se a norma fundamental, a constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional. A constituição é aqui compreendida não num sentido formal, mas material. A constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de

normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas. A constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos. A constituição, o documento solene chamado “constituição”, geralmente contém também outras normas, normas que não são parte da constituição material.

No que concerne sua mutabilidade, a Constituição Federal de 1988 é caracterizada como rígida, uma vez que o processo legislativo de alteração de suas normas demanda um procedimento árduo e solene. A aludida rigidez constitucional está prevista no parágrafo segundo do artigo 60 da CF/88, o qual estabelece o *quorum* qualificado para aprovação das propostas de emendas constitucionais, *in verbis*: “A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

Destarte, a Emenda Constitucional nº 45, que consubstanciou a denominada Reforma do Judiciário, originou-se do texto básico proposto, em 26 de março de 1992, à Câmara dos Deputados pelo então Deputado Federal Hélio Bicudo (PT/SP), mediante a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 96/92. Após oito anos, a PEC 96/92 é aprovada e remetida ao Senado Federal, onde recebeu o nº 29/00.

Importante ressaltar que, paralelamente, as alterações

propostas pelo Senado Federal à PEC 96/92 foram desmembradas da PEC 29, transformando-se na PEC 29-A, a qual foi remetida à Câmara dos Deputados para discussão e deliberação. Sucintamente esclarecendo, uma parte do projeto original da Reforma do Judiciário aprovada pela Câmara dos Deputados foi também aprovada pelo Senado Federal, transformando-se na Emenda Constitucional nº45, enquanto a outra parte do projeto original foi alterada pelo Senado Federal, tendo sido reapresentada à Câmara dos Deputados para apreciação. A matéria, objeto do mencionado reexame pela Câmara, abordaria as súmulas impeditivas de recursos, as quais não vieram a se tornar dispositivo constitucional como as súmulas vinculantes. No entanto, as súmulas impeditivas de recursos surgiram no ordenamento jurídico brasileiro por meio de uma lei infraconstitucional.

Assim, o legislador constituinte derivado, ao longo dos dez artigos que compõe a Emenda Constitucional nº45, introduziu diversas alterações à Constituição Federal de 1988, surtindo, por conseguinte, efeitos em vários aspectos do cotidiano forense brasileiro. Ater-se-á no presente estudo ao artigo 2º da Emenda Constitucional nº 45 que acrescentou o artigo 103-A a Carta Magna de 1988, introduzindo assim o instituto jurídico súmulas vinculantes, *in verbis*:

Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A:

[...]

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre

a matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Ademais, adentrar-se-á nos aspectos conceituais das súmulas vinculantes no tópico seguinte.

3.2 Conceito

O instituto súmula de jurisprudência consiste em um instrumento de uniformiza o jurisprudencial composto por teses jurídicas baseadas em reiteradas decisões no mesmo sentido. Retrata-se o entendimento majoritário dos juízes que compõem um tribunal. Lenio Luiz Streck (1998, p. 238) assim conceitua as súmulas:

Em qualquer das modalidades, a produ o sumular   uma forma indireta de cria o de normas gerais. A Súmula, assim, a produ o de defini es explicativas, que têm força prescritiva na prática diária dos juristas, pela simples razão de que a força coercitiva do Direito não emana somente da lei, senão das práticas do Judiciário. Ou seja, as fontes do Direito ultrapassam o  mbito da lei, criando desde zonas de interse o até invasão de competências, o que provoca, inexoravelmente, a discussão acerca dos limites e do alcance dessas fontes.

Desta feita, infere-se que caso ocorra determinado fato em situa o coincidente a conteúdo de súmula, a maioria dos juízes que compõem o tribunal ora editor da súmula julgar  de forma semelhante ao entendimento sumulado. No entanto, por se tratar de súmulas de caráter tão somente persuasivo, não se reflete uma obrigatoriedade em face do caráter não vinculante dessas súmulas. Relevante registrar as palavras de André Ramos Tavares (2007, p. 370):

O texto da lei, da Constitui o, ou qualquer outro texto jurídico, antes de sua aplica o, assume a forma de mero enunciado, a ser

considerado, de maneira determinante, na atuação do aplicador do Direito, no momento em que este formula a norma jurídica concreta. Contudo, e embora seja um fator de influência decisivo, o enunciado deve ser *interpretado*. E todo ato interpretativo demanda prévia tomada de posição por parte do aplicador do Direito. Não se trata de um ato totalmente neutro. A súmula preenche exatamente este espaço, servindo como mais um indicador (sinalizador) do caminho a ser trilhado pelo magistrado, ao aplicar o Direito, em nome de sua unidade e da segurança jurídica. (grifo original)

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, houve a possibilidade de atribuir a característica vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal, ou seja, torná-las imperativas, coercíveis e com efeitos *erga omnes* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta nas esferas federais, estaduais e municipais, desde que se proceda com o previsto no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 11.417/06. Nota-se que não ocorre a vinculação do Poder Legislativo em suas funções típicas, isto é, ele poderá, por emenda constitucional, aprovar novo texto contra o sentido da súmula. Alexandre de Moraes (2006, p. 515) aborda sobre o surgimento das súmulas vinculantes:

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à idéia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a

assegurar-se a segurança jurídica e o princípio de igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

Destarte, compulsando os dizeres do artigo 103-A da Magna Carta de 1988, verificam-se os requisitos para a aprovação de súmula vinculante, os quais são a anuência de dois terços dos membros do STF, o fulcro em reiteradas decisões sobre matéria constitucional e o objetivo de versar sobre normas, sobre as quais haja controvérsia atual ensejadora de grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. O referido artigo ainda prevê a possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula pelos mesmos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Registre-se que a Lei 11.417/06 ampliou o rol constitucional de legitimados ao procedimento de sumular, incluindo o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os

Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. A aludida lei infraconstitucional ainda prevê que os Municípios também poderão requerer a revisão ou cancelamento de súmula vinculante desde que seja incidentalmente ao curso de processo em que seja parte. Leciona Décio Sebastião Daidone (2006, p. 93):

É sabido que as súmulas são elaboradas com base na conclusão de prolongada atividade técnica dos juízes, após longa discussão acerca de determinada matéria com as partes representadas por seus advogados e com seus pares nas Turmas revisoras dos Tribunais recursais, resultando em maturidade jurídica, o que, entretanto, não impede que passe por transformações que atendam as necessidades e anseios sociais, posto que a prestação jurisdicional, não deixa de ser um serviço público, embora não exclusivamente público, devido à sua importância para a manutenção do Estado de Direito. Evidentemente, os requisitos para revisão ou cancelamento, deverão ser determinados de forma criteriosa, de modo que sejam observadas as teses advindas de decisões contrárias, após reiterados julgamentos, permitindo assim a mobilidade jurisprudencial e também para que não haja comprometimento da almejada segurança.

Importante ressaltar que *a priori* o juiz não estará limitado a agir de acordo com o conteúdo de uma eventual

súmula vinculante. Ele poderá entender, fundamentando dessa forma em sua sentença, que o caso concreto que esteja julgando não se enquadre com o conteúdo de súmula. Trata-se de um mecanismo processual de distinção entre o caso concreto e o precedente judicial, ora súmula vinculante.

Cumpra esclarecer que a Emenda Constitucional nº 45 e Lei 11.417/06 não previram eventual responsabilidade disciplinar ao magistrado que contrariar entendimento de súmula vinculante. Assim, do ato administrativo ou decisão judicial que afrontar a súmula aplicável ou a aplicar indevidamente, caberá a Reclamação perante o STF, conforme o artigo 103-A § 3º. A referida Corte analisará a impugnação e caso julgue procedente, cassará a decisão judicial ou anulará o ato administrativo, se for o caso. A partir do acatamento da reclamação, o juiz estará obrigado a agir conforme entendimento de súmula vinculante. Não obstante se posicionar contrário ao entendimento majoritário, vale registrar a vertente defendida por José Afonso da Silva (2006, p. 565):

Têm por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarretem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Vinculam não só os órgãos do Poder Judiciário, mas também os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, e, assim, tolhem uma correta apreciação das alegações de lesão ou ameaça de

direito que está na base do direito de acesso à Justiça, sem que se veja como elas podem reduzir o acúmulo de feitos perante o Supremo Tribunal Federal, pois só nesse âmbito têm aplicação. Não parecem reduzir os recursos, pois está previsto que se o ato administrativo ou a decisão judicial contrariar a súmula aplicável, caberá reclamação para o Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso. Na verdade, há uma mera troca de meios de impugnação: reclamação em vez de recurso ordinário ou extraordinário. Parece-nos que têm pouca utilidade relativamente ao âmbito da interpretação constitucional, para a qual está previsto o efeito vinculante.

Ademais, conclui-se, então, que a única hipótese plausível para que os magistrados não julguem em acordo com conteúdo de súmula vinculante se dará quando houver, por parte do julgador, a percepção de alguma peculiaridade no caso concreto que descaracterize a aplicação de súmula vinculante vigente. Salienta-se, no entanto, que a regra deverá ser a sua aplicação, pois deriva de reiteradas decisões do STF, aprovada pela maioria de seus membros, com eficácia vinculante e que, conforme a Constituição, deverá ser observada.

3.3 Natureza Jurídica

Relevante mencionar, primeiramente, que súmula significa o enunciado pacificado de um tribunal sobre determinada matéria. Tal pacificação decorre de reiterados julgamentos precedentes cujas decisões manifestaram-se em um mesmo sentido, conduzindo o tribunal a julgar sempre dessa forma. Desta feita, pode-se inferir que súmula constitui, em relação ao próprio tribunal que a enuncie, uma uniformização de interpretação de julgamento, caracterizando-se como uma fonte indireta ou facultativa de direito.

Com o advento da possibilidade de efeito vinculante, criado pela Emenda Constitucional nº 45 e regulamentado pela Lei 11.417/06, e caso seja dotada de tal efeito, a súmula ora vinculante, cuja característica ensejará força *erga omnes*, constitui, agora, uma fonte direta ou imediata de direito. Razão pela qual proporcionará sua localização acima da jurisprudência, mas em posição inferior a lei, em decorrência do fato de não ser oriunda dos órgãos constitucionalmente estabelecidos a legislar.

Em virtude do fato das súmulas vinculantes possuírem efeitos que devam ser obrigatoriamente acatados por todo território nacional, existem doutrinadores que entendem que estas constituem uma forma de transpor situações concretas para o abstrato-geral. Justifica-se isto, pois os detalhes, as particularidades e os interesses surgidos em um caso concreto e expostos pelas decisões anteriores, serão descartados com o intuito de criação de um enunciado que seja suficientemente abstrato para ser imposto perante todos. Nesse sentido, afirma Calmon de Passos (1997, p. 633):

Súmula, súmula vinculante, jurisprudência predominante, uniformização de

jurisprudência ou o que for, obriga. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com ela, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõe à lei, nem restringe o poder de interpretar e de definir os fatos atribuídos, aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firma um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos, em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa.

Em decorrência dessa aproximação ao conteúdo material da lei, Mônica Sifuentes (2005, p.275) classifica as súmulas vinculantes como “ato normativo da função jurisdicional ou ato jurisdicional normativo”, pois trata de ato exclusivo e típico da função jurisdicional que prescreve uma norma jurídica destinada não mais à solução de um caso concreto, mas a uma aplicação geral e futura. Daí constantemente se afirmar de forma errônea e equivocada que o Poder Judiciário estaria legislando, afrontando a separação do poderes. Ocorre que em virtude de omissão legal e na imprescindibilidade de proferir provimento jurisdicional que supra litígio processual, as cortes superiores brasileiras consolidam entendimentos de modo a constituir elemento de orientação para as demais instâncias, enquanto inexistente lei infraconstitucional que trata sobre o assunto, objeto da lide. Polêmica maior decorre no caso específico das súmulas vinculantes, posto que o posicionamento do STF

há de ser obrigatoriamente aderido.

Registre-se que não se deve confundir súmula vinculante com lei, norma jurídica. Enquanto aquela possui como elementos formadores as reiteradas e idênticas decisões sobre determinada matéria ante a lei objetiva, esta baseia-se nos fatores de relevância em determinado ponto histórico da sociedade tais como: a política, a cultura e a economia. No tocante à diferença entre norma e súmula, vale destacar as palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 338):

Ainda em prol da eficácia da súmula, labora a circunstância de que, enquanto a norma legal se exterioriza num comando que pressupõe a virtualidade de uma prévia interpretação (mesmo a *clareza* da lei pode ser investigada), já a interpretação da súmula resta facilitada, por isso que ela deriva de um longo processo de *decantação* de muitos julgados prolatados sobre um mesmo tema, restando ao aplicador, em primeiro lugar, bem apreender a compreensão e extensão do enunciado, para, na seqüência, aferir se o caso concreto aí está ou não subsumido. É dizer: na formação da norma, suas fontes substanciais, ou seus *insumos*, são os fatos socialmente relevantes, de natureza econômica, política, cultural, enquanto que na formação da súmula, seus ingredientes são os iterativos e consonantes julgados, sobre uma dada matéria. Na aplicação aos casos concretos, porém, observa-se uma aproximação entre norma e súmula, nisso

que operam por um processo lógico-dedutivo, que *desce* do geral (o enunciado, *normativo* ou *sumulado*) para o particular, resolvendo a espécie. Nos dois casos o resultado deve ser um só: o tratamento isonômico devido aos destinatários, a saber, respectivamente, o *jurisdicionado* e o *cidadão*. (grifo original)

Assim, o instituto jurídico sùmula advém, justamente, da necessidade de se estabelecer parâmetros seguros, objetivando evitar injustiças oriundas de respostas desarrazoadas destinadas a casos substancialmente análogos. Por conseguinte, com o surgimento da possibilidade de conceder o efeito vinculante às sùmulas do Supremo Tribunal Federal, exige-se deveras cautelas, mormente, seja no que concerne a sua deliberação quanto a sua emissão, seja quanto a sua redação. A atribuição da eficácia vinculante não poderá jamais constituir um óbice ao exercer da atividade jurisdicional.

3.4 Efeito Vinculante

O efeito vinculante tem como definição abrangente ser um liame, criando um vínculo entre sujeitos, não restringindo a liberdade, porém, proporcionando estabilidade e segurança nas relações sociais. Está previsto no §2º do artigo 102 da Carta Magna, inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 3/1993, ante as decisões definitivas de mérito decorrentes das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. E, claro, no artigo 103-A do mesmo documento jurídico, com as sùmulas vinculantes de aprovação do STF

cujos efeitos incidiram sobre os órgãos do Poder Judiciário e sobre a administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O sentido etimológico do termo “vínculo” significa liame, laço, elo, união entre pessoas ou entes jurídicos; advém do latim *vinculu*. Vincular é operacionalizar o direito por força das decisões judiciais. O efeito vinculante pode ter um conceito mais apurado, no sentido de precedente judicial obrigatório, se aproximando com a doutrina do *stare decisis*, instituto típico da *common law*. Necessita-se, então, elucidar que basicamente são dois os grandes sistemas jurídicos adotados no mundo civilizado: o *civil law*, sistema vigente no Brasil, e o *common law*, aplicado nos países anglo-saxões, como Inglaterra e Estados Unidos. Abordando sobre os mencionados sistemas jurídicos, Mônica Sifuentes (2005, p. 53) afirma:

Vale lembrar os dois tipos de ordenamento jurídico que predominam no mundo ocidentalizado: o da tradição *romanística*, também chamado de *civil law*, englobando as nações latinas e germânicas, e o sistema da *tradição anglo-americana*, conhecido como *common law*. O primeiro se caracteriza pela superioridade da lei e do processo legislativo de criação do direito, com atribuição de valor secundário às demais fontes jurídicas. O segundo se revela pela jurisprudência que consagra, por sua vez, os usos e costumes.

O estudo do Direito anglo-americano reputa-se imprescindível para o entendimento do efeito vinculante. No

dia-a-dia desse Direito, desenvolveu-se a técnica de analisar o que fora decidido no passado, visando sua adoção nas situações futuras. Ademais, leciona João Luís Fischer (2004, p.14):

O efeito vinculante surgiu naturalmente como resultado de um processo histórico em vários países – principalmente na Inglaterra -, a partir da tradição, segundo a qual as autoridades em geral, e, mais propriamente, os juízes prestigiavam, habitualmente, em suas decisões, o acúmulo da experiência fático-jurídica anterior. Adotavam, por conseguinte, no mais das vezes, a mesma *ratio decidendi* observável na decisão anterior paradigmática. O acatamento pelo juiz hodierno de critérios legais anteriormente fixados, consubstanciados em decisões judiciais, reafirma o acerto das primeiras decisões, formando-se, com o tempo, um acervo de decisões de alto poder persuasivo e vinculante. Esse conjunto de proposições jurídicas vinculantes transforma-se em autêntico direito nascido do dia-a-dia dos conflitos judiciais, como microssituações sociais trazidas em um momento histórico. O efeito vinculante é o resultado da atuação contínua e demorada dos juízes e dos demais atuantes da cena jurídica, ou, mais precisamente, do cotidiano do foro.

Os aspectos operacionais nas cortes que adotavam sistema da *common law* ocorriam, em princípio, mediante

uma decisão judicial que abrangia a resolução de um caso concreto entre duas ou mais pessoas, refletindo, assim, seus efeitos em número limitado de pessoas. No entanto, esta decisão poderia repercutir dentro do Tribunal, que adotaria sua fundamentação na interpretação geral da corte. Destarte, o juiz, que julgar situação superveniente semelhante, espelhar-se-á na aludida decisão anterior. Esta passou a constituir o denominado precedente jurisprudencial. Abordando sobre o paradigma jurisprudencial, Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 307) comenta:

A eficácia prática que um paradigma jurisprudencial pode apresentar depende, em grande parte, do desenho jurídico-institucional que tenha sido pactuado na Lei Maior do país, ou seja, se aí se estabeleceu o primado do precedente judiciário (regime da *common law*, com a regra do *stare decisis*), ou, como se dá entre nós, onde o padrão de conduta é dado pelo direito *positivado*, ou seja, pela *lei* (regime da *civil law*, com a subsunção da norma a cada caso concreto). Em qualquer das duas hipóteses, parece-nos ser ainda de atualidade a fórmula *kelseniana* de que o *poder de exigir*, num certo ordenamento jurídico, pressupõe uma cláusula não-escrita, (*norma fundamental hipotética*), que sobrepaira e confere logicidade a todo o sistema, revelada na premissa *pact sun servanda*: o combinado deve ser cumprido, podendo esse combinado tanto recair no precedente judiciário como na norma legal, conforme o modelo jurídico-político que

tenha sido pactuado. Igualmente, nos parece possível que no texto constitucional, originário ou derivado, se estabeleça o binômio *lei-súmula vinculativa*, assim se firmando as duas precípuas formas de expressão do Direito. (grifo original)

O precedente jurisprudencial não pode ser considerado uma norma abstrata, pois está intimamente ligado aos fatos descritos no caso concreto, motivo pelo qual a fundamentação da decisão deve ser conhecida. Quando se aplica o direito através da lei, ela se adapta ao caso concreto e, quando se aplica o direito através do precedente jurisprudencial, adota-se o efeito vinculante, ou seja, acata-se a decisão proferida em uma situação anterior em um atual caso de forma obrigatória.

4. O ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA

Há de se conceder especial atenção ao comportamento do Poder Judiciário ante os ditames doutrinários e legais da garantia constitucional do acesso à justiça. Inoperante se demonstra o aludido Poder diante dos diversos feitos que lhe insurge. Nos dias atuais, tal situação não se trata de uma novidade.

Destarte, deveras relevante mencionar novamente os dizeres do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Alguns doutrinadores defendiam de modo equivocado a idéia que as súmulas vinculantes limitariam o acesso à justiça, sob o fundamento que tal instituto jurídico impediria o desenrolar normal do processo, já que o magistrado deve obrigatoriamente acatar o entendimento de enunciado vinculante.

No entanto, o conceito de acesso à justiça é bem mais amplo. Este não pode se resumir ao direito de ação, ou seja, ao mero ingresso em juízo, limitado a tão-somente possibilitar alguém a se insurgir contra outrem ante a imparcialidade jurisdicional. Verificam-se, então, as orientações de José de Albuquerque Rocha (2005, p. 166):

De nada valeria ter acesso aos órgãos da jurisdição se não temos o direito à abertura de um processo com as garantias constitucionais, já que este é a única forma através da qual os órgãos jurisdicionais atuam. A existência de formalismos ou limitações irrazoáveis que dificultem o acesso ao processo vulnera o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Por essa razão, devem ser eliminados.

A tutela há de ser célere e efetiva, culminado com provimento judicial plausível e justo. Cumpre aqui lembrar o já mencionado o artigo 5º, inciso LXXVIII, *in verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. O espírito da mencionada norma constitucional consubstancia ao intitulado acesso efetivo à justiça. Este se qualifica como um direito fundamental de índole social no tocante à defesa, na prática forense, dos direitos daqueles que almejam por justiça. No entanto, de forma reiterada, não se vislumbra plausibilidade à luz da garantia em comento no que concerne ao atual lapso temporal de apreciação dos pleitos dos jurisdicionados. Importante aqui salientar os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 378):

A efetividade do processo mostra-se ainda particularmente sensível através da capacidade, que todo o sistema tenha, de produzir realmente as situações de justiça desejadas pela ordem social, política e jurídica. A tutela específica dos direitos, execução em espécie, obtenção de resultados mediante sentenças constitutivas e eliminação de óbices à plena satisfação dos direitos (v.g., mediante as medidas cautelares), são fatores para a efetividade do processo. A tendência do direito processual moderno é também no sentido de conferir maior *utilidade aos provimentos* jurisdicionais. Tal é a idéia do acesso à justiça, que constitui a síntese generosa de todo o pensamento instrumentalista e dos grandes princípios e garantias constitucionais do processo. Todos eles coordenam-se no sentido de tornar o sistema processual acessível, bem administrado, justo e afinal dotado da maior produtividade possível. (grifo original)

Desta feita, no que tange às súmulas vinculantes, reputa-se imprescindível expressar que inexiste qualquer afronta a garantia do acesso à justiça. Ao revés, o sistema de acatamento obrigatório do entendimento majoritário do STF configura-se elemento assecuratório da aludida garantia. Interessante registrar que as súmulas vinculantes não ofendem a independência dos magistrados, conforme alguns doutrinadores propugnavam. Nesse sentido, explana Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 368):

A livre convicção do juiz (*rectius*, sua persuasão racional – CPC, art. 131) não é prejudicada pela aplicação da súmula vinculativa. À parte os casos em que a própria lei autoriza o juiz a se distanciar do critério de legalidade estrita (CPC, arts. 127, 1.109; Cci, art. 1.515, §2º), no mais, e como a regra geral, ele atua como aplicador do ordenamento positivo. O ordenamento brasileiro, que antes já abrangia as súmulas persuasivas, conta agora com outra modalidade, a saber, as súmulas vinculativas. No iter intelectual percorrido pelo juiz para a formação de seu convencimento, cabe-lhe ter presente todas as formas de expressão do Direito que lhe pareçam cabíveis na espécie, inclusive pois o direito Sumular, quando através dele se possa dirimir a controvérsia. Parecendo ao juiz que determinada súmula vinculativa não rege ou não abrange o objeto litigioso do processo, poderá, fundamentadamente, deixar de aplicá-la, em processo exegético, portanto, semelhante ao que ocorre quando uma norma legal é invocada nos autos, mas em verdade não se aplica ao caso vertente. De resto, mesmo no regime da *common law*, pode o juiz demonstrar que o caso concreto não é precisamente similar ao precedente judiciário (a técnica do *distinguishing*, conducente ao *overruling*). (grifo original)

Ademais, o instituto súmula vinculante reflete entendimento consolidado pela corte máxima do país,

ensejando a eliminação de diversos elementos protelatórios existentes na atual dinâmica processualista brasileira. Interessante aqui ressaltar as seguintes palavras de Mauro Cappelletti (1988, p. 165):

A operacionalização de reformas cuidadosas, atentas aos perigos envolvidos, com uma plena consciência dos limites e potencialidades dos tribunais regulares, do procedimento comum e dos procuradores é o que realmente se pretende com esse enfoque de acesso à justiça. A finalidade não é fazer uma justiça “mais pobre”, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior “beleza” – ou melhor qualidade – do que aquele de que dispomos atualmente.

5. CONCLUSÃO

No cotidiano forense, observa-se que a atividade jurisdicional em variados aspectos que a integram consubstancia alvo de deveras críticas. É cediço que a morosidade no que concerne à prolação dos provimentos jurisdicionais corrompe a imagem do próprio Poder Judiciário, ensejando uma sensação de inoperância e descrédito em seus órgãos e servidores. Trata-se, de fato, uma verdadeira afronta à própria garantia do acesso à justiça.

Ademais, no tocante à aludida lentidão da máquina judiciária, verifica-se, como fator que propicia tal característica, a crescente multiplicação de processos cujas causas são semelhantes ou, em várias vezes, idênticas. Trata-se de situação que prejudica a todos. Na prática forense, os juízes e os respectivos servidores passam a cometer atividades repetitivas e exaustivas diante da demanda judicial análoga em detrimento à celeridade judicial. Registre-se que os jurisdicionados e os respectivos causídicos igualmente são prejudicados com a situação em questão ao perceberem o lapso temporal interminável do desenrolar de suas causas.

Infere-se, também, em uma abordagem quanto à estabilidade jurídica, que são vários os julgados contra os quais se insurgem desconformes e desarrazoados com a própria jurisprudência dominante. Não obstante o ordenamento jurídico brasileiro adotar a liberdade de motivação e julgamento dos magistrados, deve-se vislumbrar certa razoabilidade de modo a evitar o caos jurisprudencial suscetível de ensejar diversos fatores prejudiciais ao jurisdicionado.

Neste contexto, promulgou-se a Emenda Constitucional nº 45. Dentre outras alterações, a referida emenda acrescentou o artigo 103-A à Constituição Federal, instituindo as súmulas vinculantes, dispositivo jurídico acarretador de grandes debates e controvérsias. O dispositivo jurídico em comento constitui mecanismo que reflete o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal cujo acatamento é obrigatório aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública direta e indireta. Importante salientar que o legislador constituinte acertadamente enunciou no parágrafo primeiro do artigo 103-A que o objetivo da súmula será “a validade, a interpretação e a eficácia de normas

determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

Destarte, atuando com o poderio vinculante e como agente unificador de entendimentos, a súmula vinculante enquadra-se perfeitamente como um dos elementos solucionadores da atual situação do Poder Judiciário. Registre-se que o aludido instituto não consiste fator exauriente. Hão de existir outros mecanismos que igualmente contribuam para um exercer da jurisdição mais célere e seguro.

No entanto, deve-se vislumbrar plausibilidade no procedimento de edição sumular. Propugna-se cautela ao elaborar enunciado vinculante, o qual haverão de respeitar os ditames constitucionais. O Supremo Tribunal Federal jamais poderá exorbitar o âmbito de sua competência, agindo como verdadeiro legislador. O verbete vinculante deverá possuir o fulcro em reiteradas decisões sobre matéria constitucional tão-somente, devendo ser claro e curto. Os dizeres da súmula vinculante não poderão render ensejo a novas interpretações nem contemplar distintos dispositivos jurídicos passíveis de ocasionar eventuais exceções.

As súmulas vinculantes consubstanciam grande novidade à conjuntura sistemática, legal e jurisprudencial brasileira. Conclui-se que o acatamento obrigatório da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal possuirá repercussões deveras positivas, considerando a adoção das devidas cautelas e observadas as diretrizes constitucionais.

Desta feita, cumpre expressar que a verdadeira abordagem quanto ao acesso à justiça reflete o repúdio às tiranias oriundas de um procedimento judicial longo e ineficaz.

Por fim, entende-se que a súmula vinculante, no desenrolar de sua aplicação, proporcionará um razoável descongestionamento no Poder Judiciário, tornando-o operante e efetivo. Confere-se, assim, ao jurisdicionado uma atividade judicante nos moldes do acesso efetivo à justiça.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo: Revista Dionysos, 1921.

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

_____. **Emenda Constitucional N° 45 de 08 de Dezembro de 2005**.

Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF, Senado, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

DAIDONE, Décio Sebastião. **A Súmula Vinculante e Impeditiva**. São Paulo: LTr, 2006

DIAS, João Luís Fischer. **O Efeito Vinculante**. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. O Poder Judiciário brasileiro e a Reforma pela Emenda n. 45/2004: uma análise pelos olhos de Konrad Hesse e Ferdinand Lassale. In: DIDIER JR., Fredie; BRITO, Evaldo; BAHIA, Saulo José Casali (Org). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo:

Atlas, 2006.

PASSOS, J.J. Calmon. Súmula vinculante. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 6, set./dez. 1997.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **A Reforma da Justiça na Emenda Constitucional 45/2004**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas. 2008.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y MIGRACIÓN IRREGULAR: LA AGENDA PENDIENTE PARA EL DERECHO MEXICANO

Julieta Morales Sánchez

Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Chiapas (México). Especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla- La Mancha (España). Actualmente es becaria del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) para la realización de estudios de posgrado en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Al Dr. Sergio García Ramírez, mi padre académico.

CONTENIDO: I. A manera de introducción. II. Migración regular e irregular. III. Carácter delictivo de la migración irregular: mito o realidad. IV. La migración irregular, ¿un desafío para el Derecho? V. Corte Interamericana de Derechos Humanos y migrantes irregulares. VI. La agenda pendiente en México. VII. Retos y Perspectivas.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El respeto irrestricto de los derechos humanos constituye uno de los elementos fundamentales de los Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho. Sin embargo, y a pesar de todos los esfuerzos nacionales e internacionales, no se han logrado prevenir, sancionar ni erradicar las violaciones a los mismos. Esta situación conduce a cuestionarnos sobre las deficiencias de los mecanismos de protección de los derechos y, a su vez, evidencia los desajustes del sistema.

Cuando se empieza a hablar de “migración” el tema resulta conocido para todas las personas, en todas partes del mundo, es decir, no es una realidad ajena a nuestros particulares contextos ni a la naturaleza del ser humano. Empero, la palabra “migración” puede tener diferentes significados para cada uno de nosotros: en algunos casos recordará a un familiar que se fue o representará una oportunidad de vida digna, una posibilidad de superación o una manera de sobrevivir o de morir. Todo depende de nuestra experiencia personal, del lugar, tiempo y condiciones económicas o culturales en las que hayamos nacido y crecido. Para otras personas la palabra “migración” no significará nada y a ellas, especialmente, las invito a seguir leyendo este texto ya que, con base en la premonición de Bertolt Brecht (retomada de Martin Niemöller), la decadencia de los derechos ajenos puede anunciar la decadencia de nuestros derechos: si hoy somos indiferentes a la grave situación que enfrentan cotidianamente los migrantes y si permitimos que sus derechos humanos sigan siendo vulnerados, mañana podremos ser nosotros quienes seamos violentados en nuestros derechos.

El lector habrá podido percatarse de la complejidad del tema de la “migración”. El panorama se complica aún más ya que día a día se acentúa la brecha entre los países desarrollados y subdesarrollados, lo que, aunado a otros factores,¹ trae como consecuencia la migración de la

¹ La explicación de las causas de los procesos migratorios, desde un punto de vista económico, ha sido abordada desde tres perspectivas diferentes: la teoría neoclásica, la aproximación histórica-estructural y la teoría de sistemas migratorios. La primera establece la existencia de fuerzas de rechazo-atracción (*push-pull*) y concibe a las causas de la migración como una combinación de factores de rechazo que impelen a las personas a dejar sus lugares de origen con factores de atracción que

población de éstos últimos hacia los primeros. Además, las fronteras de los países desarrollados, en múltiples ocasiones, se han “abierto” al trabajo de migrantes debido al envejecimiento de su población o al crecimiento de su economía. Lamentablemente, en la mayoría de ocasiones, el tránsito fronterizo de personas se produce sin cumplir los requisitos establecidos por las legislaciones internas de los países receptores, apareciendo la figura de los migrantes indocumentados o en situación irregular.

En múltiples países se constatan, cotidianamente, violaciones a los derechos humanos² de migrantes. Los gobiernos que han sido incapaces de ofrecer una vida digna a sus nacionales dentro de su territorio también lo han sido para comprender el fenómeno migratorio y proporcionar soluciones reales que no lesionen los derechos humanos de migrantes. En México, el fenómeno adquiere matices diversos, y aún más complejidad, por el hecho de que es un país de origen, tránsito y destino migratorio. Aunque esta

las conducen a algunos países receptores; supone que los individuos “buscan” el país de residencia que maximice su bienestar. La aproximación histórica estructural examina el reclutamiento masivo de mano de obra por el capital, percibe a los intereses del capital como absolutamente determinantes. La teoría de sistemas migratorios sostiene que los movimientos migratorios se generan por la existencia de vínculos previos entre los países de envío y recepción basados en la colonización, la influencia política, el intercambio, la inversión o los vínculos culturales. Véase Castles, Stephen y Miller, Mark, *La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, Cámara de Diputados, México, 2004, pp. 34 y ss.

² No se entrará en este estudio a analizar la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales. Para efectos de este trabajo se manejarán indistintamente.

problemática puede abordarse desde diferentes perspectivas, aquí se hará desde una visión humanista.³

En el presente estudio se reconocen dos realidades: 1) que los flujos migratorios plantean problemas estructurales,⁴ por lo que deben de abordarse con políticas igualmente estructurales;⁵ 2) aunque se admite que, en ocasiones, es poco lo que se puede hacer contra estos problemas estructurales, en este estudio se sostiene que lo que sí se puede y debe hacer es asegurar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los migrantes en el país receptor; no se puede olvidar que es una obligación de todo Estado proteger a cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

Aquí resalta la importancia de las jurisdicciones internacionales de protección de los derechos humanos y aunque actualmente se aprecia un proceso de apertura hacia dichas jurisdicciones, todavía existen algunos síntomas de

³ Para profundizar en el humanismo como fundamento filosófico de los derechos humanos en el siglo XX y XXI, remítase a Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, t. I, vol. 1, EDIAR, Buenos Aires, 2007, p. 46.

⁴ Para indagar en la exclusión que impone límites al ejercicio de los derechos, véase Abramovich, Víctor, “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales” en Abramovich, Víctor/ Bovino, Alberto/ Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Centro de Estudios Legales y Sociales/Canadian International Development Agency, Buenos Aires, 2007, p. 223.

⁵ Actualmente algunos países ubican el tema migratorio en la agenda de seguridad y no en la de desarrollo, ello implica un problema debido a que no permite vislumbrar el verdadero origen y las estrategias para erradicar las violaciones a los derechos humanos de migrantes.

renuencia que las consideran atentatorias a la soberanía de los Estados debido a que no se ha comprendido el carácter subsidiario y complementario que éstas tienen frente a la jurisdicción interna de los Estados.

El presente trabajo iniciará con una somera referencia a los conceptos de migración regular e irregular, para continuar con una reflexión sobre el carácter delictivo de la migración irregular y los desafíos que ésta plantea al derecho (en donde se hará una breve precisión sobre la universalidad de los derechos humanos, en particular de las personas migrantes, y un breve análisis sobre los impactos de la migración en las familias). Posteriormente se entrará al estudio de la jurisdicción regional de protección de derechos humanos en América, en la cual se analizará la composición y atribuciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), enfocando el estudio en dos de sus opiniones consultivas relacionadas directamente con los derechos humanos de migrantes (las Opiniones Consultivas OC-16/99 y OC-18/03) y en un caso contencioso resuelto por la CorteIDH sobre esta materia. Finalmente, se hablará sobre la agenda pendiente en México y la recepción de los criterios de la CorteIDH por el derecho interno.

II. MIGRACIÓN REGULAR E IRREGULAR

Para efectos de este apartado se recurrirán a las definiciones establecidas en la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CIPTMF) y las contenidas en la Opinión Consultiva OC-18/03 de la CorteIDH; aunque las mismas se refieren a los trabajadores migratorios, se proyectarán a todas las personas migrantes.

El artículo 5, inciso a), de la CIPTMF establece que los

migrantes “serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar (y) a permanecer ... en el Estado (receptor o de tránsito) de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”.

La CortelDH estima que los migrantes regulares son aquellas “persona(s) que se encuentra(n) autorizada(s) a ingresar (y) a permanecer... en el Estado (receptor o de tránsito), de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”.⁶

El artículo 5, inciso b), de la CIPTMF menciona que “serán considerados no documentados o en situación irregular (quienes) no han sido autorizados a ingresar (ni) permanecer... en el Estado (receptor o de tránsito) de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”.

Por su parte, la CortelDH refiere que indocumentadas son aquellas: “persona(s) que no se encuentra(n) autorizada(s) para ingresar... (ni) permanecer ... en el Estado (receptor o de tránsito), de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte...”⁷

III. CARÁCTER DELICTIVO DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR: MITO O REALIDADE

En este apartado se pretende dar una respuesta (nunca única, ni absoluta) a las siguientes preguntas: ¿la migración

⁶ Véase glosario de la Opinión Consultiva OC-18/03 *Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁷ *Idem.*

irregular es un delito? ¿atenta contra la soberanía de los Estados?, ¿está justificada la violación de los derechos humanos de las personas migrantes?

La respuesta a esta última pregunta la ha dado Jorge Bustamante al afirmar que: “no hay soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos”.⁸

Bustamante establece que existe una contradicción dialéctica entre dos ejercicios de soberanía por la cual se da un conflicto entre el derecho soberano de un Estado a controlar sus fronteras -y decidir su política de migración- y la obligación de respetar los derechos humanos contraída internacionalmente mediante la ratificación de tratados, obligación adquirida también en ejercicio de su soberanía.⁹

La nacionalidad¹⁰ se ha convertido en una institución de exclusión y discriminación y constituye un requisito indispensable para que las personas puedan gozar y ejercer sus derechos. Los derechos derivan de la dignidad humana pero lamentablemente están siendo condicionados, en su

⁸ Véase Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, p. 166.

⁹ Existe una paradoja en esta contradicción: un Estado tiene el derecho soberano de limitar su propia soberanía. Véase Bustamante, Jorge, “La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales” en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 123- 156.

¹⁰ Ibarra Palafox sostiene que es la institución de la ciudadanía la que se configura como una institución de exclusión, sin embargo, en este estudio, se entiende que para el caso de México y la mayoría de países latinoamericanos la nacionalidad comprende a la ciudadanía (es decir,

goce y ejercicio, a una nacionalidad. Por lo que aquellas personas que están imposibilitadas para adquirir la nacionalidad del Estado en el que residen -legal o ilegalmente- no tienen la posibilidad de reclamar el goce y ejercicio de sus derechos.

Ha surgido así una contradicción entre “el universalismo de los derechos fundamentales y su realización en los límites estatales a través de la ciudadanía”.¹¹ Lo que necesitan las personas es “gozar de sus derechos como seres humanos,

todos los ciudadanos son nacionales, pero no todos los nacionales son ciudadanos; además de que la principal exigencia de los migrantes se refiere fundamentalmente a los derechos civiles, los cuales son otorgados a todos los nacionales aunque no sean ciudadanos); entendiendo que la postura adoptada por Ibarra Palafox es consecuencia de que la diferenciación entre ciudadanía y nacionalidad no existe en algunos países (como EUA o países europeos, en donde sólo se habla de ciudadanía). Por lo anterior, si el presente artículo es leído por una persona en cuya tradición jurídica no exista la diferenciación antes mencionada, la expresión correcta sería “la ciudadanía se ha convertido en un institución de exclusión”. Cfr. Ibarra Palafox, Francisco, *Minorías etnoculturales y Estado nacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 164 y 188. Carbonell afirma que “con base en la ciudadanía se siguen manteniendo inaceptables discriminaciones y desigualdades basadas en un accidente tan coyuntural como puede ser el lugar de nacimiento”. Cfr. Carbonell, Miguel, “¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?”, en *Este país. Tendencias y opiniones*, México, número 189, diciembre 2006, p. 5.

¹¹ Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, pp. 315 y 316.

no como ciudadanos de un país”.¹² En consecuencia, “la nacionalidad no debe ser considerada como un criterio aceptable para la diferenciación”.¹³

Supeditar el goce y ejercicio de los derechos humanos a una nacionalidad o ciudadanía constituye una visión restringida de la dignidad humana. Pero ¿qué se entiende por dignidad humana? En este estudio se retomará el concepto establecido por algunos tribunales constitucionales.

En el expediente 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional del Perú menciona que “la dignidad... constituye un mínimo inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”.¹⁴ Esta posición fue adoptada primeramente por el Tribunal Constitucional español en la STC 57/94.

El Tribunal Constitucional Español en la STC 53/85 determinó que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en

¹² García Quiñones, Rolando y Montes Rodríguez, Norma, “La migración internacional en el nuevo escenario. El dilema de las fronteras”, en *Revista de la Universidad de la Habana*, 254/255, segundo semestre 2001-primer semestre 2002, La Habana, p. 197.

¹³ Peces-Barba, Gregorio, *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Espasa, Madrid, 2007, p. 198.

¹⁴ Tribunal Constitucional del Perú, expediente 010-2002-AI/TC, Acción de Inconstitucionalidad contra los decretos leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas, 3 de enero de 2003, fundamento XV, 218, p. 86, en revista *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Corte Interamericana de Derechos Humanos/ Universidad Nacional Autónoma de México/Fundación Konrad Adenauer, número 1, julio-diciembre de 2006, México, p. 104.

la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador planteó la vinculación axiológica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la Constitución y en el caso de inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras estimó:

(la Constitución) –en integración con los instrumentos internacionales que consagran y desarrollan derechos humanos- dirigen sus ámbitos de vigencia efectiva hacia un mismo sustrato axiológico: la dignidad humana y el catálogo de los derechos fundamentales que desarrollan los valores inherentes a su personalidad: dignidad, libertad e igualdad...¹⁵

En un sentido similar, el Tribunal Constitucional del Perú en el expediente N2730-2006/PA/CT establece el “...reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconoce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder”.

Así, todas las personas poseemos la misma dignidad por el sólo hecho de ser humanos, la cual no está condicionada a un trámite administrativo, ni a un estatus

¹⁵ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Caso de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras, sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, 1 de abril de 2004, en *ibidem*, pp.158-161.

económico, ni a un documento, ni a una calidad migratoria. La dignidad es el fundamento de los derechos humanos y todo Estado tiene la obligación de garantizar, a cualquier persona que se encuentre en su territorio, el goce y ejercicio de sus derechos. Se le pide al lector recordar estas ideas cuando se analice, más adelante, lo concerniente a la universalidad de los derechos humanos.

En otra tesitura, se estima pertinente abordar someramente los nuevos significados de la palabra “soberanía”. Zagrebelsky sostiene que, con la transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional, la soberanía se ha transformado debido a la actuación de fuerzas corrosivas internas y externas, como son: el pluralismo político y social, la formación de centros de poder alternativos y concurrentes al Estado, la institucionalización supraestatal y la atribución de derechos a las personas que pueden hacer exigibles y justiciables ante jurisdicciones internacionales demandando a los Estados por su actuación u omisión en perjuicio de dichos derechos.¹⁶

En este contexto, “la comunidad internacional de los Estados posee un fragmento amplio de soberanía en materia de los derechos humanos...” y “...debe de estar dispuesta a asumir la protección de esas libertades y esos derechos ahí donde fracasa el Estado constitucional nacional”¹⁷; por lo que

¹⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª.ed., trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2007, pp. 10-14.

¹⁷ Kotzur, Markus, “La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo de Estado constitucional moderno”, en Häberle, Peter y Kotzur, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 106.

“la comunidad de naciones se convierte en titular de decisiones parcialmente soberanas al servicio del ser humano”.¹⁸ Kotzur afirma que “solamente una concepción instrumental de la soberanía al servicio del ser humano, puede justificar cualquier forma de ejercicio del poder”,¹⁹ esto nos debe de llevar a reflexionar sobre la clase de soberanía que existe actualmente en cada uno de los países americanos.

Sin embargo, y a pesar de este mundo interconectado lleno de “relativas soberanías”, Carrillo Salcedo observa que “la relevancia del Estado sigue siendo indiscutible en la protección de los derechos humanos, incluso en esta época de transición en la que las estructuras tradicionales se encuentran en crisis...”²⁰. Los Estados tienen un papel primordial en la protección de los derechos humanos (muestra de ello es el carácter complementario y subsidiario del sistema internacional de protección de derechos humanos), pero ya no se puede visualizar al Estado como ese ente omnipotente capaz de imponer su voluntad sin seguir ninguna directriz y sin tener ningún límite. Hoy los Estados tienen que cumplir sus compromisos internacionales y respetar las normas de *jus cogens* de derechos humanos. Pero el autor mencionado también afirma que “la primacía del Derecho internacional es clara en cuanto constituye un límite jurídico al poder del Estado”.²¹

En otro tenor, se ha llegado sostener que la globalización no prioriza el goce y ejercicio de los derechos

¹⁸ *Ibidem*, p. 107.

¹⁹ *Ibidem*, p. 111.

²⁰ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 48.

²¹ *Ibidem*, p. 76.

humanos y que es incongruente al permitir el libre tránsito de mercancías, servicios e inversiones pero no el libre tránsito de personas.

Aunque esa afirmación puede ser parcialmente correcta, se estima adecuado retomar el pensamiento de Gregorio Peces-Barba al respecto:

...la globalización no tiene porque ser presentada como una reacción enfrentada a los derechos. Podría pensarse que, muy al contrario, se trata de un fenómeno que podría favorecer la satisfacción de los derechos. La cuestión principal es en este punto como gestionarla para llevar a cabo esa satisfacción. Seguramente aquí es, donde surgen los problemas de la globalización, en el sentido de que hasta el momento, la gestión de la globalidad parece dar la espalda al discurso de los derechos.²²

En este mundo globalizado, en algunas ocasiones, los migrantes irregulares, son considerados delincuentes por violar las normas de migración del país al que ingresan. Los gobiernos olvidan que, en la mayoría de los casos, los migrantes irregulares sólo buscan incorporarse en actividades productivas que les permitan vivir y enviar dinero a sus familias; o pasar desapercibidos en su travesía por el país de tránsito.²³

²² Peces-Barba, Gregorio, *Educación...*, *op. cit.*, p. 191.

²³ Es claro que, en algunos casos, los migrantes irregulares no pretenden los fines anteriores y sí representan un peligro para la salud o seguridad de los habitantes de los países a los que ingresan. Ejemplo de ello es el grupo de los “mara salvatrucha”; o los inmigrantes que pueden ser transmisores de enfermedades.

En cuanto a la criminalización de las personas migrantes, se estima pertinente retomar una pregunta formulada por Carbonell: ¿Se puede sancionar a una persona por aspirar a que su hijo o hija no crezca en la más absoluta de las miserias?²⁴ Tajantemente la respuesta es no.

Estamos frente a un tipo de migración que ha ido abandonando su carácter voluntario para convertirse en un fenómeno forzado. A continuación se asentarán algunas ideas sobre la necesidad de relativizar el carácter “voluntario” de la migración irregular.

Con excepción de África al Sur del Sahara, América Latina y el Caribe es la región que presenta mayor desigualdad. Según el Banco Mundial, el 10% más rico de la población de la región percibe 48% de los ingresos totales, mientras que el 10% más pobre sólo percibe 1,6%.²⁵ La comparación entre regiones al interior de los países revela diferencias asombrosas en los niveles de prosperidad. En Bolivia, Honduras, México, Paraguay y Perú, la diferencia en los recuentos de pobreza entre una región y otra es de más de 40 puntos porcentuales.²⁶

²⁴ Carbonell, Miguel, “¿Se justifican...”, *op. cit.*, p. 4.

²⁵<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTSPPAISES/LACINSPANISHEXT/EXTLACOFFICEOFCEINSPA/OcontentMDK:20819429~isCURL:Y~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:871070,00.html> (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2008).

²⁶<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTSPPAISES/LACINSPANISHEXT/EXTLACOFFICEOFCEINSPA/OcontentMDK:20819429~isCURL:Y~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:871070,00.html> (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2008).

Frente a esta realidad, las personas no migran para mejorar sus condiciones de vida, migran para sobrevivir. Se ven forzadas a migrar ante la falta de oportunidades, la falta de empleo, la falta de esperanza en su lugar de origen.

Por lo que es conveniente cuestionar ese típico discurso que muestra un carácter voluntario del fenómeno migratorio (por el cual las personas “voluntariamente” migran). Este discurso no muestra que la voluntad, que ese supuesto consentimiento que las personas migrantes manifiestan a los traficantes (comúnmente llamados polleros) es un consentimiento viciado. Viciado por la violencia de una estructura de Estado que no les ha dejado otra opción, viciado por el engaño de que en los países desarrollados tendrán una mejor vida y un mejor futuro para ellos y su familia, cuando, en múltiples ocasiones, mueren en el intento de alcanzar el sueño de una vida digna.

Entonces surge la pregunta: ¿se puede sancionar a alguien que no tiene medios para subsistir, para sobrevivir? ¿se puede sancionar a alguien por querer alcanzar el sueño de una vida digna? Si se tiene un poco de humanidad, la respuesta es no.

Lamentablemente el carácter delictivo que se les atribuye a los migrantes irregulares no es un mito, sino una realidad. En casos como México, la legislación sancionaba penalmente a los migrantes irregulares hasta el 21 de julio de 2008; en otros países, aun cuando la legislación no tenga prevista sanción penal, los nacionales y las autoridades tratan a los migrantes como si fuesen delincuentes. Esta es una realidad que debe de modificarse.

Hay quienes se han preguntado si se justifican las fronteras en el siglo XXI. Frente a esta pregunta no hay una respuesta unánime, pero lo que es claro para Addiechi es que “no existe la menor oportunidad de que las fronteras

desaparezcan porque ellas constituyen un requisito indispensable para la generación de ganancias, porque hay que salvaguardar los espacios nacionales de privilegio y porque los cada vez más miserables del mundo cometen la imprudencia de defender su derecho a no morir de hambre”.²⁷

Se debe de erradicar esa visión de la migración irregular como un atentado a la soberanía de los Estados. La migración irregular tiene orígenes diversos, si se quiere centrados en las precarias condiciones económicas, en la falta de desarrollo y de empleo, en la desigualdad e inequidad, en la brecha socio-económica y en las deficiencias estructurales de los países de origen, por un lado; y por otro lado, en el envejecimiento de la población y la demanda de mano de obra barata por los países desarrollados, entre muchos otros factores. Pero, sin duda, la migración irregular evidencia un problema de desarrollo y no, se enfatiza el “no”, un problema de seguridad. Los migrantes irregulares no son delincuentes ni pretenden vulnerar la soberanía de los Estados para perjudicarlos,²⁸ simplemente buscan una vida mejor.

En resumen, se estima que la migración irregular constituye una falta administrativa, una infracción a las leyes y políticas de inmigración de los Estados, que en ningún caso,

²⁷ Addiechi, Florencia, *Fronteras reales de la globalización. Estados Unidos ante la migración latinoamericana*, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México, 2005, pp. 256-257.

²⁸ Una excepción a esta afirmación lo constituye el terrorismo. En este sentido, es necesario enfatizar que la migración irregular no es terrorismo. Sin embargo, algunos Estados han utilizado como excusa el que algunos terroristas ingresaron irregularmente a su territorio para justificar políticas migratorias violatorias de derechos humanos.

ni bajo ninguna hipótesis, justifica la violación de los derechos humanos de las personas migrantes irregulares.

IV. LA MIGRACIÓN IRREGULAR, ¿UN DESAFÍO PARA EL DERECHO?

1. ¿Universalidad de los derechos humanos?

Los derechos humanos son “un referente inexcusable de la modernidad”, su “signo distintivo”. En “los Estados democráticos los derechos se han convertido en una escala de evaluación de la legitimidad de los poderes públicos”.²⁹

Beuchot señala que “no se pueden pensar los derechos humanos sin algún tipo de universalidad”.³⁰

García Ramírez establece que la idea de universalidad implica que “nadie debiera quedar excluido de los beneficios que entrañan los derechos humanos, y más estrictamente, nadie debiera hallarse al margen de las garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales que significan el medio precioso para la exigencia, la consolidación o la recuperación de esos derechos”.³¹

²⁹ Carbonell, Miguel, “Los derechos en la era de la globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 325.

³⁰ Beuchot, Mauricio, “Los derechos humanos y el fundamento de su universalidad”, en Saldaña, Javier (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, pp. 58 y 59. Del mismo autor véase *Derechos humanos. Historia y filosofía*, Fontamara, México, 2001, p. 61 y ss.

³¹ García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México,

Sin embargo, hoy día aún no es fácil hablar de la universalidad de los derechos humanos. Incluso en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando se puede decir que surgen los derechos humanos en su concepción “moderna” éstos no eran universales,³² ya que se limitó su “reconocimiento” y se excluyó a las mujeres.³³

Fue hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, cuando la conciencia de la humanidad reacciona ante las atrocidades³⁴ de las que fue testigo (ejemplos del *Homo homini lupus* del que hablaba Tito Marcio Plauto y, posteriormente, Hobbes) y da inicio un extenso³⁵ proceso

³² Gregorio Peces-Barba Martínez menciona que la universalidad “arranca del humanismo laico de la Ilustración, como hubo antes otras propuestas de universalidad con otros orígenes”. Véase “La universalidad de los derechos humanos” en Nieto Navia, Rafael (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, Organización de Estados Americanos/Unión Europea, San José, 1994, p. 399.

³³ Por ello de manera alterna aparece la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana elaborada en 1789 por Olimpia de Gouges, que enunció la igualdad de derechos entre hombres y mujeres; murió en la guillotina por esta razón. La Declaración de referencia consta de 17 artículos en donde se reconocen diversos derechos para la mujer entre los que destacan: la libertad, igualdad, seguridad, propiedad, resistencia a la opresión, libertad de expresión, la participación de las mujeres en la elaboración de leyes y en la vida política, así como el desempeño de cargos públicos.

³⁴ Cfr. Rodríguez, Luis Ricardo, *Corte Penal Internacional, Tratados Internacionales y derecho interno*, Poder Judicial, México, 1995, p. 59.

³⁵ La vocación expansiva de los Derechos Humanos; expansiva tanto en número como en intensidad: cada vez más derechos y cada vez más derecho. Cfr. *Ibidem*, p. 61.

declarativo³⁶ de derechos fundamentales a favor de la persona humana.³⁷ Empero, no se debe perder de vista el carácter “relativo” que adquieren algunos derechos cuando el contexto cultural se modifica.

Pero, pese a todos los obstáculos, se ha construido un orden jurídico internacional de carácter convencional (sin perjuicio de otras fuentes), en el que el ser humano figura como titular de derechos fundamentales: Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³⁸

³⁶ Se elaboran la Carta de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de mayo de 1948 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948, adicionado por los Pactos de 1966 (El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

³⁷ Sergio García Ramírez observa que los derechos humanos son un asunto explosivo y expansivo, que demandan y establecen sus propias garantías; y cuya explosión ha sido producto del trauma que se produjo al cabo de la Segunda Guerra Mundial. Cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, 2002, p. 5.

³⁸ Hitters y Fappiano definen al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como una “rama del Derecho Internacional clásico, cuyo objeto es la protección y promoción de las libertades fundamentales del hombre”. Cfr. Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 404. José Guillermo Vallarta Plata entiende que “el derecho internacional de los derechos humanos consiste en un conjunto de declaraciones y principios que sirven como base para la consolidación de instrumentos internacionales convencionales que comprometen a los Estados a respetar los derechos humanos reconocidos universalmente. Cfr. *La protección de los derechos humanos. Régimen Internacional*, Porrúa, México, 2006, p. 238.

El orden internacional de los derechos humanos³⁹ se sustenta en valores y principios compartidos, que destacan la dignidad del ser humano con sentido “antropocéntrico”;⁴⁰ asimismo se fortalece con el principio *pro homine*⁴¹ para la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho.

Sin embargo, y a pesar de los grandes avances en la protección de los derechos humanos, es indudable que dichos derechos son “negados” a un conjunto de personas

³⁹ Se han definido a los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos como aquellos conformados por instrumentos (tratados internacionales) y por mecanismos que precisamente son los organismos que garantizan los derechos reconocidos en esos instrumentos. *Cfr.* Valencia Villa, Alejandro, “Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos”, en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara/Universidad Iberoamericana/Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, México, 2006, p. 120.

⁴⁰ *Cfr.* Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 115.

⁴¹ El principio *pro homine* se ha definido como el “criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”. Véase Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

que, en términos de Pogge, son los “pobres globales”.⁴²

En este sentido, considero valioso retomar las palabras del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo:

A comienzos del siglo XXI, habitamos un mundo dividido, en el que la interconexión es cada vez más intensa en la medida en que el comercio, la tecnología y la inversión acercan a las diversas sociedades; independientemente de la “separación” político-territorial entre los Estados. Pero en términos de *desarrollo humano y calidad de vida el espacio entre los países se ha caracterizado por profundas e, incluso, crecientes desigualdades en el ingreso y en las oportunidades de vida digna*. Por ejemplo, el ingreso económico total de los 500 individuos más ricos del mundo resulta superior al ingreso de los 416 millones más pobres. Los 2,500 millones de personas que viven con menos de 2 dólares al día (y que representan el 40% de la población del

⁴² Thomas W. Pogge señala que “diversos derechos humanos son ampliamente reconocidos por la ley internacional...Estos derechos prometen a todos los seres humanos protección contra daños severos específicos que podrían serles infligidos por gente de su misma nación o por extranjeros. Sin embargo, la ley internacional también establece y mantiene estructuras institucionales que en gran medida contribuyen a la violación de estos derechos humanos...” Véase “Reconocidos y violados por la ley internacional: los derechos humanos de los pobres globales”, en Cortés Rodas, Francisco y Giusti, Miguel, *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Siglo del Hombre Editores/ Universidad de Antioquia/Pontificia Universidad Católica del Perú, Bogotá, 2007, p. 27.

orbe) obtiene sólo el 5% del ingreso mundial; mientras que el 10% más rico consigue el 54%. *Y en este planeta interconectado en que vivimos, se evidencia que un futuro fundado en la pobreza masiva en medio de la abundancia es económicamente ineficaz, políticamente insostenible y moralmente indefendible.*⁴³

Cuando se contrasta la universalidad de los derechos con la realidad, podría pensarse que ésta es una aspiración o un mero concepto declarativo-utópico, pero lo que quiere reflejarse es el gran reto que tenemos por delante y que hay que afrontar, las problemáticas que se tienen que resolver.

2. Migración y desintegración familiar

Considerando las implicaciones sociológicas que trae consigo la migración, constituye una responsabilidad ineludible hacer un bosquejo de lo que representa dicho fenómeno dentro del núcleo básico de la sociedad: la familia. Dicha temática no es la directriz del presente estudio, por lo que no se pretende profundizar en dicha problemática que, sin duda, es de relevante importancia en la vida de los migrantes.

Diversos instrumentos internacionales⁴⁴ reconocen el derecho humano de tener una familia y conservarla.

⁴³ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2005. La cooperación internacional ante una encrucijada: ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual*, pp. 4 y ss, http://hdr.undp.org/en/media/hdr05_sp_overview.pdf (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2007).

⁴⁴ La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16.3 a la letra dice que: "La familia es el elemento natural y fundamental de la

La familia “como institución social,... está sujeta a procesos de cambio que resultan tanto de su dinámica interna como de las transformaciones sociales que experimenta la sociedad en su conjunto. Asimismo, se espera que dichos cambios en la familia actúen, en el mediano y largo plazos, sobre el orden social reafirmando o bien modificándolo”.⁴⁵ Sin embargo, el crecimiento desmedido de las desigualdades sociales y la necesidad de emigrar de muchos seres humanos han traído consigo la desintegración familiar. Situación que puede generar graves problemas sociales en las naciones de origen.

sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.” El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 23.1). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene que “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo” (artículo 10.1). La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social indica en su artículo 4 que: “La familia como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad.” Así también la Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Dentro del sistema interamericano el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Así hoy día hay quienes sostienen que ya no puede hablarse de un único tipo tradicional de familia, sino hay que emplear el término en plural: “familias”.

⁴⁵ Ojeda, Norma, “Familias Transfronterizas y familias transnacionales: algunas reflexiones” en *Migraciones Internacionales*, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre de 2005, México, Colegio de la Frontera Norte, p. 167.

Aunque cada día aumenta más el número de niños migrantes,⁴⁶ aún sigue siendo una constante la separación obligada de padres e hijos por la migración de los primeros a los países desarrollados (o más desarrollados que el lugar de origen) en busca de trabajo. Así, los niños, quienes son aún más vulnerables a los riesgos de la migración irregular, permanecen con sus abuelos o familiares en sus lugares de origen. Por otro lado, en múltiples casos, cuando migran familias completas, los polleros separan a los padres de los hijos en el momento de cruzar la frontera, bajo la promesa de un posible reencuentro en el país receptor, sin embargo, en ocasiones, ese reencuentro nunca se produce.

Según el *Pew Hispanic Center* más de la mitad de los 11 ó 12 millones de inmigrantes irregulares que vivían en Estados Unidos de América (EUA) en 2005 eran mujeres y niños. Un 35% eran mujeres y otro 16%, casi 2 millones, eran niños que llegaron a EUA solos o con sus padres. Hay también un contingente de 3.1 millones de niños que nacieron en EUA y viven con familias en las que al menos el padre o la madre son inmigrantes indocumentados,⁴⁷ lo cual representa el riesgo de desintegración familiar en el caso de la deportación de uno o ambos padres. Algunas mujeres que deciden inmigrar son madres solteras que dejan a sus

⁴⁶ Lo cual es sumamente preocupante porque no se cuenta con el sistema necesario que garantice la protección a sus derechos. En 2004, 39,690 niños mexicanos migrantes se detectaron en la frontera. De éstos, 10,920 viajaban solos (...) Se trata de menores que buscan una mejor calidad de vida buscan trabajo o tienen la esperanza de reunirse con familiares en Estados Unidos... Cfr. http://mx.starmedia.com/noticias/inmigracion/unicef_97583.html. Además véase *Enrique's Journey*, de Sonia Nazario.

⁴⁷ Cfr. *La Jornada*, año 22, número 7813, 26 de mayo de 2006, p. 6.

hijos con sus ascendientes.⁴⁸ Y hay otras mujeres que deciden migrar ya embarazadas, para que sus hijos al nacer en el territorio de destino adquieran la nacionalidad respectiva (en el caso mexicano, al nacer en territorio estadounidense obtienen la nacionalidad estadounidense), con base en la forma de adquisición de nacionalidad por *ius soli*, el cual es reconocido por múltiples legislaciones nacionales.

Sin embargo, no existe a nivel internacional un instrumento que regule la situación de las familias separadas por la migración, ni la protección a niños migrantes o que establezca el mecanismo para la reunificación familiar, éste es un vacío legal que no ha sido atendido y por cuyo abandono la humanidad está pagando (y pagará) un alto precio. Por ello se requiere además de instrumentos internacionales, una acción coordinada entre los Estados involucrados, la cual debe de estar basada en la igualdad, solidaridad y cooperación internacional.

III. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y MIGRANTES IRREGULARES

Diversos países americanos, en ejercicio de su soberanía, han decidido integrarse al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos⁴⁹ y, en consecuencia,

⁴⁸ Opinión de Sonia Nazario, ganadora del premio Pulitzer. Véase *idem*.

⁴⁹ García Ramírez sostiene que el sistema interamericano se compone no sólo por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, sino también por los Estados, la Organización de Estados Americanos, la sociedad civil y la figura del Ombudsman nacional. Véase “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La Corte Interamericana” en *La jurisdicción interamericana de derechos humanos. Estudios*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2006, pp. 77 y ss.

están sujetos a diversas obligaciones que en diversas ocasiones han incumplido. Para efectos de este apartado me referiré únicamente a la CortelDH.⁵⁰

Vale reiterar una precisión: la jurisdicción internacional y regional de protección de los derechos humanos tiene un carácter subsidiario y complementario a la jurisdicción nacional, ahí es donde radica la importancia de los jueces nacionales en la protección de los derechos humanos; bajo esta premisa se iniciará el estudio de la CortelDH.

La CortelDH fue creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se compone de 7 jueces, tiene su sede en San José, Costa Rica⁵¹ y no sesiona permanentemente, como es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La CortelDH es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1 del Estatuto

⁵⁰ Para profundizar sobre la historia, naturaleza, funcionamiento, integración, competencias y procedimientos de la Comisión y Corte, véase, entre otros: Pizzolo, Calogero, *Sistema Interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia*, EDIAR/Universidad Nacional Autónoma de México, Buenos Aires, 2007. Es necesario recordar que los individuos no tienen acceso directo a la CortelDH (como sí es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y se requiere que primero realicen el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁵¹ El 10 de septiembre de 1981 el Gobierno de Costa Rica y la Corte firmaron un Convenio de Sede, aprobado mediante Ley No. 6889 del 9 de septiembre de 1983.

de la CortelDH). La CortelDH tiene atribuciones normativas,⁵² administrativas,⁵³ preventivas,⁵⁴ ejecutivas⁵⁵ y jurisdiccionales.

La atribución jurisdiccional se subdivide en consultiva y contenciosa, a través de las cuales la CortelDH interpreta y aplica la Convención Americana.

⁵² El artículo 60 de la Convención Americana señala que: “La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento.” En el mismo sentido el artículo 25 del Estatuto CortelDH establece que “la Corte dictará sus normas procesales... La Corte dictará también su Reglamento.” El artículo 66 de Reglamento CortelDH dispone que el “reglamento podrá ser reformado por decisión de la mayoría absoluta de los Jueces Titulares de la Corte...”

⁵³ El artículo 26 del Estatuto CortelDH otorga a la Corte la facultad de elaborar su propio proyecto de presupuesto, el cual deberá someter a la aprobación de la Asamblea General de la OEA, por conducto de la Secretaría General y esta última no podrá introducir modificaciones. La Corte también tendrá potestad de administrar su presupuesto. Y tiene facultades para designar a su Secretario (artículo 14.2 del Estatuto CortelDH) y fijar sus periodos de sesiones (artículo 22.2 del Estatuto CortelDH).

⁵⁴ El artículo 63 de la Convención Americana establece: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las *medidas provisionales* que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.” Así, la CortelDH puede actuar aún en casos

1. Función Consultiva

La función consultiva de la CortelDH, prevista en el artículo 64 de la Convención Americana, consiste en una interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, que cuenta con un procedimiento específico⁵⁶ y distinto del contencioso. Los

no sometidos a su jurisdicción, y podrá dictar medidas provisionales a petición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (recordando que ésta también tiene capacidad de dictar medidas cautelares). Actualmente se dispone que en los casos contenciosos que ya se encuentren en conocimiento de la Corte, las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales en relación con los referidos casos (artículo 25.3 del Reglamento CortelDH).

⁵⁵ Esta competencia permite determinar si el Estado encontrado responsable de la violación de derechos humanos, ha cumplido con las obligaciones en la forma y tiempo previstos en la sentencia de fondo. Esta competencia tiene una relación intrínseca con la eficacia jurídica de las sentencias. Los artículos 67 y 68 de la Convención Americana señalan que el fallo de la Corte será definitivo e inapelable. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado. En México, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2004 y en vigor a partir del 1º de enero de 2005, reconoce en su artículo 2 la obligación del Estado mexicano de cumplir las resoluciones de la CortelDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁵⁶ El artículo 63 del Reglamento CortelDH señala el procedimiento de trámite de la opinión consultiva.

Estados Parte, la Comisión⁵⁷ y otros órganos de la Organización de Estados Americanos (OEA)⁵⁸ tienen facultad para solicitar opiniones consultivas.

La función consultiva de la CortelDH es más amplia que la función consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que la Corte Internacional de Justicia (CIJ), ya que no sólo se permite la interpretación de la Convención Americana sino la de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos así como la interpretación de leyes internas y el análisis de su compatibilidad con instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido es preciso aclarar que no se exige que los tratados, para ser interpretados, sean celebrados por países americanos, ni que sean tratados regionales; el único requisito es que sean concernientes a derechos humanos, aun cuando esta temática no sea el objeto principal del tratado en cuestión. En esta tesitura Cisneros Sánchez sostiene que la jurisdicción consultiva de la CortelDH ha sido establecida en una forma tan amplia que no tiene antecedentes en ningún tribunal u organismo internacional,⁵⁹ además de que legitima

⁵⁷ El artículo 60 del Reglamento CortelDH dispone que un Estado miembro o la Comisión al solicitar una Opinión Consultiva deben formular preguntas específicas, establecer las disposiciones que se piden sean interpretadas, las consideraciones que originan la consulta, el nombre y dirección del Agente o de los Delegados.

⁵⁸ Los cuales además de los requisitos previstos por el artículo 60 del Reglamento CortelDH, debe de precisar la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.

⁵⁹ Cisneros Sánchez, Máximo, "Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1986, p. 53.

a un número extenso de solicitantes.⁶⁰

García Ramírez sostiene que la función consultiva pretende “desentrañar el sentido de una disposición, apreciar la naturaleza, las implicaciones jurídicas de una situación de hecho o de derecho... se trata de saber más que de resolver: contestar una pregunta de cuya respuesta pudieran derivar futuras conductas con eficacia jurídica... la consulta termina con una opinión”.⁶¹

La CorteIDH ha sostenido que su competencia consultiva constituye “un método judicial alternativo” destinado a “coadyuvar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados Americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos”.⁶²

Según la CorteIDH, las opiniones consultivas, a pesar de no tener efectos vinculantes, “poseen notable trascendencia, contribuyen a generar una *opinio iuris* internacional y a establecer los patrones o criterios para el futuro entendimiento de las normas e instituciones, la

⁶⁰ Tienen legitimación todos los Estados miembros de la OEA y no sólo los Estados miembros de la Convención Americana; esto incluye a los que aún no han reconocido la competencia contenciosa de la CorteIDH; además están legitimados los órganos mencionados en el Capítulo X de la Carta de la OEA.

⁶¹ García Ramírez, Sergio, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la OC-18/2003” en *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, p. 10.

⁶² Opinión consultiva OC-3/83 (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos) *Restricciones a la pena de muerte*, de 8 de septiembre de 1983, párrafo 43 en García Ramírez, Sergio (coord.), *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, vol. I, p. 920.

prevención de conflictos y la solución de controversias,” y es que “a través de ellas se establece el sentido de una norma... y se construye una jurisprudencia orientadora”.⁶³ Además estableció que “no debe... olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa...”⁶⁴ en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora...”⁶⁵ y “aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables... es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento”.⁶⁶ Ruiz Miguel señala que una semejanza entre la jurisdicción y la consulta es que poseen un carácter rogado, es decir, se

⁶³García Ramírez, Sergio, “La función consultiva...”, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁴ Opinión Consultiva OC-1/82 “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos) de 24 de septiembre de 1982, párrafo 32, en García Ramírez, Sergio (coord.), *La Jurisprudencia...*, *op. cit.*, pp. 895-896.

⁶⁵ Opinión consultiva OC-3/83, párrafo 32, en *ibidem*, pp. 925-926.

⁶⁶ Opinión consultiva OC-15/97 *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* de 14 de noviembre de 1997, párrafo 26, en *ibidem*, p. 1083.

actúan a instancia de parte.⁶⁷

Faúndez Ledesma difiere del criterio de la CorteIDH, al sostener que: “en el ejercicio de esta competencia, la Corte opera como una especie de Tribunal Constitucional, *sus opiniones no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan sino que poseen un efecto jurídico vinculante*, derivado de la propia Convención y que, en particular no se puede eludir por los Estados Parte de la Convención...”⁶⁸

A este respecto, es fundamental mencionar la resolución⁶⁹ de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, expediente 0421-S-90, número 2313-95 del 19 de mayo de 1995, en donde se establece que las opiniones consultivas sí tienen fuerza obligatoria, al menos, para el país que hizo la solicitud de consulta. En este trabajo se comparte esta postura.

A continuación se reflexionará respecto de dos opiniones consultivas de la CorteIDH que conciernen a la temática en estudio.

⁶⁷ Ruiz Miguel, Carlos, “La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿Crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?” en Fix-Zamudio, Héctor, *Liber Amicorum*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, vol. II, p. 1345.

⁶⁸ Citado por García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción internacional, derechos humanos y la justicia penal*, Porrúa, México, 2003, p. 75.

⁶⁹ Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Róger Ajún Blanco, mayor, casado, locutor y comentarista deportivo, vecino de Nicoya, Guanacaste, portador de la cédula de identidad N° 5-189-145, contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por considerarlo contrario a lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1.1. Opinión Consultiva OC-16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el derecho a la asistencia consular

México hizo la solicitud de consulta a la CorteIDH el 9 de diciembre de 1997, preguntando respecto de los detenidos extranjeros acusados o inculcados de delitos sancionables con pena capital a los cuales no se les proporciona el derecho a ser informados sobre la asistencia consular que deben proveerles los agentes consulares de su nacionalidad contenido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CVRC) y las consecuencias jurídicas para el Estado respecto de la ejecución de dicha pena ante la falta de notificación a que se refiere dicho artículo de la CVRC.

La Opinión Consultiva OC-16/99 *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* fue emitida el 1º de octubre de 1999.

La Corte IDH estimó que “... para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables...(párrafo 117) el proceso debe de reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia... así se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales... y la correlativa prohibición de discriminación (párrafo 119).”

La CorteIDH, distinguió entre el derecho a la información sobre la asistencia consular y derecho a la asistencia consular. El primero es el “derecho del nacional del Estado que envía, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado, sin dilación, que tiene (sic) los siguientes derechos: 1) el derecho a la notificación

consular; y, 2) el derecho a que cualquier comunicación que dirija a la oficina consular sea transmitida sin demora (art. 36.1.b Convención de Viena sobre Relaciones Consulares)". Y el derecho a la asistencia consular "es el derecho de los funcionarios consulares del Estado que envía a proveer asistencia a su nacional (arts. 5 y 36.1.c Convención de Viena sobre Relaciones Consulares)".⁷⁰

La Corte IDH opinó:

1. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden *deberes correlativos a cargo del Estado receptor*.
2. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.
3. Que la expresión "sin dilación" utilizada por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, *Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, de 1º de octubre de 1999, párrafo 5, en *Opinión Consultiva OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2001, pp. 32 y 33.

privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad... 6. *Que el derecho individual a la información* establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares *permite que adquiera eficacia*, en los casos concretos, *el derecho al debido proceso legal* consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos... 7. Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, *afecta las garantías del debido proceso legal* y, en estas circunstancias, *la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida "arbitrariamente"*... 8. Que las disposiciones internacionales...deben ser respetadas por los Estados de su estructura federal o unitaria.⁷¹

Conviene mencionar que en otro foro se plantearon problemas similares. Ante la CIJ se interpusieron demandas

⁷¹ García Ramírez, Sergio, *La Jurisprudencia...*, *op. cit.*, pp. 1095-1097. Cfr. Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, "México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva del 6 de mayo de 1998" en *Temas selectos de derecho internacional*, UNAM, México, 2003, pp. 561-613.

sobre la misma problemática,⁷² las cuales fueron emitidas en fecha posterior a la OC-16/99.

1.2. Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y derechos de migrantes irregulares

La Opinión Consultiva OC-18/03 *Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* fue solicitada por los Estados Unidos Mexicanos el 10 de mayo de 2002 y emitida el 17 de septiembre de 2003. Esta opinión constituye una interpretación pionera e innovadora frente a los criterios sostenidos domésticamente por algunos de los países de nuestro continente.

Día a día se constatan extremos dramáticos que conmueven, indignan y desafían a la conciencia de la humanidad la cual, en múltiples ocasiones y lamentablemente, permanece impávida. Es ofensivo ver, presenciar, escuchar o vivir las sistemáticas violaciones de los derechos de los migrantes.

En esta tesitura se requiere exaltar la importancia de la OC-18/03 y para ello se retomará el pensamiento de García Ramírez cuando sostiene que:

La opinión consultiva OC-18/03 llena un capítulo importante en la historia consultiva de la CortelDH. Trae a cuentas un hecho notable y apremiante en la *realidad de*

⁷² Sobre los casos ventilados ante la CIJ en materia de asistencia consular (Casos Breard, LaGrand y Avena), véase mi trabajo "Protección de los derechos humanos de migrantes irregulares por la jurisdicción nacional e internacional. Retos y Perspectivas", en Morales Sánchez, Julieta, *et. al.* (coords.), *Migración en perspectiva: Fronteras, educación y derecho*, Universidad Pedagógica Nacional, Fundación Académica Guerrerense y

*nuestros países y de otras naciones del mundo, producto de los actuales procesos de movimiento poblacional, que se producen en el marco de las relaciones económicas y sociales y responden a diversas causas, entre ellas la que más interesa a la OC-18: la atracción que la demanda de mano de obra por parte de sociedades desarrolladas ejerce en trabajadores residentes en países con menor desarrollo, que enfrentan condiciones socioeconómicas desfavorables.*⁷³

La OC-18/03 tuvo una amplia participación tanto de Estados Parte como de *amici curiae*. En la opinión consultiva de referencia se analizan temas como: la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación, aplicación de dicho principio a los migrantes, derechos de los trabajadores migrantes indocumentados y obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Como ya se mencionó, la Corte IDH ha establecido el carácter no vinculante de sus opiniones consultivas, pero en la OC-18/03 también determinó que “todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva se aplica a los

⁷³ García Ramírez, Sergio, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la OC-18/2003” en *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03...* *op. cit.*, pp. 33 y 34.

Estados Miembros de la OEA que han firmado indistintamente la Carta de la OEA, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana o alguno de sus protocolos facultativos” (párrafo 60). Dicha especificación es relevante, ya que aclara el ámbito de aplicación de esta OC, sobre Estados americanos que, a pesar de no haber ratificado la Convención Americana (como es el caso de EUA), están obligados a observar los principios establecidos en la opinión y las normas de jus cogens reconocidas por la comunidad internacional.

En sentido contrario a lo expresado en la resolución de la Corte Suprema de EUA en el caso Hoffman Plastic Compounds a la que más adelante se hará referencia, la CorteIDH precisó que:

...el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular (párrafo 135). Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular (párrafo 136).

Considero que en este párrafo la CorteIDH responde,

quizás indirectamente, a un argumento sostenido por algunos sectores en EUA, en el cual se establece que el maltrato y abuso que sufren los migrantes es parte inherente a su estancia irregular y que si no están dispuestos a soportarlo deben de regresar a sus países de origen. Quienes afirman esto omiten mencionar que los empleadores norteamericanos no tienen ninguna obligación de contratar a migrantes irregulares y sin embargo, lo hacen; y no lo hacen por humanidad, ni por compasión, ni porque la ley se los imponga; lo hacen porque les conviene hacerlo, porque es redituable, además de que dichos trabajadores no están protegidos por la ley norteamericana incluso, después del caso Hoffman, se negaron derechos laborales a las personas por su condición migratoria irregular. Así, la migración irregular responde a una necesidad de la economía de EUA (y de otros países desarrollados). Si los trabajadores migrantes incursionan “ilegalmente”, si se quiere llamar así, al mercado estadounidense es porque dicho mercado los demanda, los requiere y los contrata. Aunque esta situación se haya modificado debido a la recesión existente hoy día.

Dentro de las conclusiones más relevantes de la Opinión Consultiva OC-18/03, para la finalidad de este estudio, se encuentran:

- a) *El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, tiene el carácter de jus cogens* (párrafo 101).
- b) Los Estados están obligados a *adoptar medidas* positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades (párrafo 104).
- c) *El incumplimiento de estas obligaciones*

genera la responsabilidad internacional del Estado,... Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas (párrafo 109).

d) *La situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación.* Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, *los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia* (párrafo 118).

e) Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana (párrafo 119).

f) Los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus

políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

Como posición opuesta a la sostenida en la OC-18/03 se encuentra la resolución de la Corte Suprema de EUA en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. Nacional Labor Relations Board* (NLRB) de 27 de marzo de 2002, en la que se sostuvo que no era procedente el pago de salarios caídos (*back pay*) al trabajador despedido por querer formar un sindicato debido a que era migrante irregular,⁷⁴ es decir,

⁷⁴ La compañía *Hoffman Plastic Compounds* contrató al señor José Castro en mayo de 1988; en diciembre de ese año el señor Castro y otros trabajadores iniciaron una campaña para organizar un sindicato. En enero de 1989 la compañía despidió al señor Castro. En enero de 1992 la NLRB ordenó a la compañía que reinstalara al señor Castro y le pagara los salarios caídos que habría recibido de no haber sido despedido. La empresa se negó a pagar debido a que el señor Castro admitió que no tenía permiso de trabajo. En septiembre de 1998 la NLRB decidió que la compañía debía pagarle los salarios caídos correspondientes al periodo que había entre su despido y la fecha en la que admitió que no tenía permiso de trabajo. La compañía se negó a pagar y presentó una apelación. En 2001 la Corte Federal de apelaciones confirmó lo ordenado por la NLRB, y entonces, la compañía presentó una apelación ante la Corte Suprema. La mencionada decisión fue adoptada por una mayoría de 5 a 4; el Juez Breyer, autor del voto disidente de la minoría, estableció que no existe disposición alguna en las leyes de inmigración de los EUA, que prohíba a la NLRB admitir que los trabajadores en situación irregular interponga recurso o acción cuando sus derechos sean violados. Cfr. "Capítulo II Procedimiento ante la Corte, Intervención de *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services* y otros", en *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03...*, op. cit., pp. 97-103. Además dicha resolución es contraria a la CPTMF que establece en su preámbulo que: "...la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos

no impuso multa alguna al empleador que violó los derechos laborales de un migrante indocumentado ni ordenó indemnización o compensación alguna a favor del trabajador. En la resolución se afirmó que la prohibición de la ley de inmigración de entrar a su territorio sin autorización prevalecía sobre el derecho de formar y ser parte de un sindicato. Así, la mayoría de miembros de la Corte Suprema, indicó que permitir a la NLRB reconocer el pago de salarios caídos a extranjeros ilegales perjudicaría la política federal de inmigración, mientras que la opinión de la minoría estableció que la decisión adoptada debilitaría la legislación laboral y estimularía a los empleadores a contratar trabajadores indocumentados. Esta decisión niega un conjunto de derechos que son inherentes a los trabajadores y que han sido reconocidos por la comunidad internacional.

Frente a resoluciones como la anterior, resalta la necesidad de que la jurisprudencia de la Corte IDH tenga un papel primordial y rector al interior de los Estados americanos tanto en su actividad judicial como legislativa y administrativa.

Sin embargo, de forma complementaria a la recepción de la OC-18/03, es necesario asegurar que los migrantes irregulares tengan un efectivo acceso a la justicia. García Ramírez afirma que “los trabajadores indocumentados suelen enfrentar problemas severos de acceso efectivo a la justicia. Estos problemas no sólo se derivan de factores culturales y de carencia de recursos o conocimientos adecuados para invocar la protección de las autoridades competentes para brindarlas, *sino de la existencia de normas o prácticas que obstruyen o enrarecen la prestación jurisdiccional del Estado*”.⁷⁵ Es importante prestar atención a este rubro y buscar los mecanismos que garanticen el acceso a la justicia a los migrantes irregulares. Es necesario que la denuncia o querrela exista y llegue al juzgador, para que éste pueda

interpretar y aplicar el derecho siguiendo las directrices establecidas en la Opinión Consultiva OC-18/03.

2. Función Contenciosa

Señala García Ramírez que “la función contenciosa permite al tribunal tomar conocimiento de un litigio, llevar adelante el proceso...y emitir la sentencia que resuelve la controversia... se manifiestan las notas inherentes a la jurisdicción pública: notio, vocatio, coertio, iudicio y executio.” La CorteIDH ha sostenido que “la jurisdicción contenciosa...se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos”.⁷⁶

La función contenciosa se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención Americana. El reglamento CorteIDH (artículos 32 a 59) explica a detalle cual

fundamentales de todos los trabajadores migratorios...” y violenta el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Cfr.* Brooks, Tekila, “Últimos avances sobre los derechos de trabajadores agrícolas migratorios en América del Norte”, en *Expediente Cívico*, año 8, número 20 y 21, Procuraduría de Derechos Humanos de Guanajuato, León, 2000, p. 38.

⁷⁵ García Ramírez, Sergio, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*, Universidad Iberoamericana Puebla, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, ITESO, Universidad de Guanajuato, México, 2005, p. 55.

⁷⁶ Opinión consultiva OC-14/94 *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* de 9 de diciembre de 1994, párrafo 49, en García Ramírez, Sergio (coord.), *La Jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. 1031.

debe ser el desarrollo del proceso contencioso ante la CorteIDH. Sólo los Estados Parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo (artículo 67 Convención Americana). Así, el artículo 59 del Reglamento de la CorteIDH brinda la oportunidad de interponer una demanda de interpretación de las sentencias de fondo o de reparaciones, indicándose en ella, con precisión, las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia cuya interpretación se pida; lo anterior no suspende la ejecución de la sentencia. En este rubro, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la interpretación de un fallo implica la precisión de su texto no sólo en cuanto a sus puntos resolutivos sino también en cuanto a la determinación de su alcance, el sentido y finalidad de sus consideraciones, pero es claro que la interpretación de una sentencia no puede modificar los aspectos que tienen carácter obligatorio.⁷⁷

Normas de interpretación

En materia contenciosa, la CorteIDH puede aplicar directamente algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, además de la Convención Americana; lo cual brinda un ámbito de interpretación más amplio, siguiendo el principio *pro homine*. Entre los instrumentos mencionados se encuentran: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo

⁷⁷ Véase Caso Loayza Tamayo, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 15 y 18, en *ibidem*, p. 222.

de San Salvador); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁷⁸ de 9 de diciembre de 1985 y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁷⁹ de 9 de junio de 1994. Otros instrumentos sólo pueden ser considerados por la CortelDH a título de elementos de interpretación de las normas convencionales americanas, es decir, la CortelDH los retoma para su análisis y argumentación pero no los puede aplicar directamente, entre esos instrumentos están: Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas⁸⁰ de 18 de diciembre de 1992; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁸¹ de 10 de diciembre de 1984; Convenios de Ginebra de 1949;⁸² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸³ de 16 de diciembre de 1966; Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁴ de 20 de noviembre de 1989.

⁷⁸ *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafos 157 y 217-223, *ibidem*, pp. 479 y 494-496; *Caso Cantoral Benavides*, sentencia de 3 de septiembre de 1998, párrafos 185- 191; y *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”)*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafos 247-252 en *ibidem*, pp. 433-434 y 514-515 respectivamente.

⁷⁹ *Caso Blake*, sentencia de 2 de julio de 1996, párrafo 36 en *ibidem*, p. 328 y *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 126 en *ibidem*, p. 471.

⁸⁰ Véase *Caso Blake*, *cit*, párrafo 97 en *ibidem*, p. 339.

⁸¹ *Caso Bámaca Velásquez*, *cit*, párrafo 156 en *ibidem*, p. 479.

⁸² *Caso Bámaca Velásquez*, *cit*, párrafos 205-209 en *ibidem*, pp. 491-492.

⁸³ *Caso Villagrán Morales y otros*, *cit*, párrafo 145 en *ibidem*, p. 508.

⁸⁴ *Ibidem*, párrafos 188 y 194-196 en *ibidem*, pp. 515-518.

En virtud de su función consultiva y contenciosa, Ferrer Mac-Gregor sostiene que la CortelDH “se aproxima a los órganos encargados de la interpretación constitucional en el ámbito interno... (su) objetivo central consiste en la interpretación y aplicación de la Convención Americana como una especie de *lex superior*”.⁸⁵

2.1. Caso Yean y Bosico

La CortelDH, en su sentencia⁸⁶ de 8 de septiembre de 2005, sobre el caso de las niñas Yean y Bosico vs República Dominicana, retomando los criterios asentados en la OC-18/03, señaló:

155...que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio

⁸⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación Constitucional*, t. I, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 535.

⁸⁶ Esta sentencia tiene como antecedente la Opinión Consultiva OC-18/03 de la CortelDH ya referida. La CortelDH en este caso contencioso resolvió que el Estado violó los derechos a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley consagrados, respectivamente, en los artículos 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. Y que el Estado violó también los derechos al nombre y al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica consagrados, respectivamente, en los artículos 3 y 18 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico.

fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

156. De acuerdo con lo señalado, y en consideración del derecho a la nacionalidad de los hijos de personas migrantes en la República Dominicana en relación con la norma constitucional pertinente y los principios internacionales de protección de los migrantes, la Corte considera que:

- a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su *calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos;*
- b) *el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y*
- c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron.

VI. LA AGENDA PENDIENTE EN MÉXICO

México, al igual que muchos países americanos, enfrenta una realidad nacional diferenciada. Según la

Encuesta Nacional de Ingreso y Gasto de los Hogares (ENIGH) del INEGI 2006, el ingreso de la población más rica es 15.1 veces superior al que perciben los habitantes más pobres; así, los ingresos de la décima parte de la población más rica, superan a los que obtuvieron en conjunto 63 millones de habitantes.⁸⁷ Este factor ha sido uno de los detonantes que llevan a las personas a migrar en busca de empleo y mejores condiciones de vida.

En el contexto anterior, el fenómeno migratorio en México se torna complejo debido a que es un país de origen, tránsito y destino de personas migrantes. La frontera sur consta de 1138 kilómetros, de los cuales 962 colindan con Guatemala y 176 con Belice. Pese a que en el discurso se proclama el respeto a los derechos humanos de los migrantes, la realidad muestra la violación sistemática a dichos derechos.⁸⁸

⁸⁷Véase <http://www.inegi.gob.mx/inegi/default.aspx?c=11430&pred=1&s=est> (fecha de consulta: 25 de agosto de 2008). El Estado Mexicano es considerado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo como un país de desarrollo humano alto ya que ocupa el lugar 52 a nivel mundial; además, es el único país latinoamericano miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). A pesar de lo anterior, en México existen diversos problemas y circunstancias sociales y, especialmente, económicas, que pueden constituir el origen de la decisión de emigrar. Véase http://www.hdr.undp.org/reports/global/2005/español/pdf/HDR05_sp_HDI.pdf y <http://www.undp.org.mx/Doctos/Publicaciones/idhcompleto.pdf> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2008).

⁸⁸ Sobre la situación de los derechos humanos de migrantes en México, véase mi trabajo "Migración irregular en México: una visión desde los derechos humanos" en *Derechos Humanos México, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, año 3, número 7, México, 2008, pp. 101-137.

A nivel internacional y como se analizó, México ha sido un activo defensor de los derechos de migrantes, tanto con la solicitud de dos opiniones consultivas a la CortelIDH como con el caso Avena ante la CIJ; sin embargo, al Estado mexicano le ha faltado congruencia para garantizar al interior de su territorio los derechos que ha defendido internacionalmente. Para dar sólo un ejemplo, según recomendaciones⁸⁹ de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) en México se niega el derecho a la información sobre la asistencia consular a migrantes irregulares, esto lleva a cuestionar la congruencia del Estado mexicano ya que, como se mencionó, ha sido uno de los países defensores de este derecho en la jurisdicción internacional y regional.

Las autoridades mexicanas siguen vulnerando derechos humanos de migrantes: la trata de personas confluye en el escenario del tráfico ilícito de migrantes, mujeres, niñas y niños son objeto de abusos, explotación laboral y sexual, violaciones y trabajos forzosos, etcétera. Mientras que la población mexicana sigue indiferente.

En el Informe de Actividades de la CNDH del 1 de enero al 31 de diciembre de 2007, se establece que de las 114 autoridades a las que se les dirigieron las 70 recomendaciones emitidas en el 2007, la Comisionada del Instituto Nacional de Migración (INM) ocupó el primer lugar, con 8 recomendaciones dirigidas a esta institución.

La CNDH en sus Recomendaciones 214/1993, 23/2004, 48/2004, 05/2005, 24/2005, 27/2005, 14/2006, 20/2006, 21/2006, 22/2006, 23/2006, 33/2006, 01/2007, 17/2007, 25/2007, 29/2007, 35/2007, 36/2007, 63/2007, 64/

⁸⁹ Véase, entre otras, las recomendaciones 24/2005 y 23/2006.

2007, 65/2007, 06/2008, 24/2008, 28/2008, 40/2008 y 1/2009 ha reflejado constantes violaciones a los derechos humanos de migrantes irregulares. Frente a lo anterior, se requiere la creación de una cultura de respeto a los derechos humanos, la capacitación del personal de las instituciones policiales y del INM relativa al respeto a los derechos de migrantes, la erradicación de la corrupción y la acción decidida de la población mexicana que no puede seguir permaneciendo inerte ante las ofensivas violaciones de derechos humanos que se producen cotidianamente en México.

El 21 de julio de 2008, se publicó la reforma a la Ley General de Población por la que se despenaliza la migración irregular en México. Aunque dicha reforma es relevante, tardó mucho tiempo en producirse y no fue integral, por lo cual es insuficiente.⁹⁰

Sin embargo, la problemática y el origen de la migración irregular radican en problemas estructurales. Con la sola reforma, difícilmente se mejorará la situación que enfrentan cada día las personas migrantes irregulares. Quizás éste sea uno de los ejemplos más claros de que los cambios legislativos no influyen determinantemente en la vida de la sociedad y dificultosamente la modifican. Empero, el impacto de esta reforma no podrá visualizarse sino hasta dentro de algún tiempo; pero no se puede perder de vista que los derechos humanos de las personas migrantes no pueden

⁹⁰ Sobre esta reforma, véase mi artículo "Despenalización de la migración irregular en México. Análisis y perspectivas de la reforma a la Ley General de Población de 21 de julio de 2008" en Morales Sánchez, Julieta *et. al.* (coords.), *Temas de Migración y Derecho*, Universidad Autónoma de Sinaloa, Universidad Autónoma de Chiapas, Fundación Académica Guerrerense, México, 2008, pp. 105-138.

esperar.

En México más de la mitad de la población vive en la pobreza. Y la pobreza es *causa* de violación de los derechos humanos, porque las personas que viven en condiciones de pobreza están en situaciones de vulnerabilidad. La pobreza es también *efecto* de la violación de los derechos humanos, porque al negarle, limitarle o menoscabarle al ser humano derechos como el trabajo, un salario adecuado, salud, educación, vivienda digna se le está condenando a la pobreza.⁹¹ “...Desde la perspectiva de los derechos humanos se entiende que la pobreza es más que la insuficiencia de ingresos. Se trata de un fenómeno multidimensional gestado por estructuras de poder que reproducen estratificación social y una visión excluyente que discrimina a vastos sectores (de personas)...”.⁹²

El derecho que existe actualmente en México, en lo que concierne a derechos humanos de migrantes irregulares es deficiente, ineficaz y, en muchas ocasiones, inhumano. La realidad argumentada anteriormente lo demuestra. En México están fallando la legislación, las políticas públicas y la interpretación jurisdiccional, por ello las cosas en vez de mejorar se tornan más complejas. Lamentablemente, ha hecho falta voluntad política para reconstruir el derecho, en lo que concierne a migrantes irregulares, sobre la base de

⁹¹ Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, *Políticas públicas regionales sobre reducción de la pobreza en Centroamérica y su incidencia en el pleno disfrute de los derechos humanos. Informe Regional*, Instituto Interamericanos de Derechos Humanos, Agencia Danesa de Cooperación Internacional, Norwegian Ministry of Foreign Affairs, Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, San José, 2008, p. 33.

la dignidad humana. Ha hecho falta reconocer que, independientemente de su estatus migratorio, los migrantes son seres humanos y poseen dignidad inherente la cual debe de respetarse; ha hecho falta una concepción humana del derecho. Solamente una concepción del derecho al servicio del ser humano puede justificarse.

Las autoridades mexicanas deben tener presente que “las normas dictadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico y su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”.⁹³

En el ámbito interamericano, algunos Estados han consagrado constitucionalmente la preeminencia de la persona y la importancia de la protección de los derechos humanos; como ejemplos están las Leyes Fundamentales de: Guatemala,⁹⁴ Ecuador,⁹⁵ Costa Rica,⁹⁶ Perú⁹⁷ y El Salvador.⁹⁸

⁹³ Versión resumida de Alexy sobre la fórmula de Radbruch. Alexy, Robert, “Mauerschützen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, en Vigo, Rodolfo (coord.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, Fontamara, México, 2008, p. 269.

⁹⁴ Cuyo Preámbulo afirma la “primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social” e impulsa la “plena vigencia de los derechos humanos”.

⁹⁵ Establece que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución” (artículo 17 constitucional).

⁹⁶ “Es función primordial del Estado fortalecer la unidad nacional, asegurar la vigencia de los derechos fundamentales del hombre y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes” (artículo 2 constitucional).

⁹⁷ “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1 constitucional).

En México esto no ha sido así. En el año 2007 y 2008 se desarrolló el proceso de la Reforma del Estado conducido por la Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos, pero sus trabajos en materia de derechos humanos fracasaron; por lo que aún subsisten deficiencias conceptuales y pragmáticas en nuestro texto constitucional.

Como se mencionó, la población mexicana no sólo debe de defender los derechos de migrantes porque es lo justo y necesario, sino porque la decadencia de los derechos ajenos puede anunciar la decadencia de nuestros derechos.

El reto es grande ya que el goce y ejercicio pleno de los derechos humanos para todas las personas aún parece una utopía difícil de realizar. Sin embargo, hay que actuar, ya no podemos seguir esperando.

VII. RETOS Y PERSPECTIVAS

Diffícilmente se podría hablar de “conclusiones” en un tema como el de la migración, es por ello que decidí denominar este apartado como retos y perspectivas. Trataré de sistematizar de la mejor manera posible algunas ideas (nunca acabadas, ni definitivas) sobre la temática en estudio:

1. Los derechos humanos de migrantes irregulares son violentados en diversas partes del mundo, incluyendo a México. Lo anterior muestra una deficiencia en el sistema de protección (judicial, legislativo, administrativo y autónomo)

⁹⁸ “Reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social” (artículo 1 constitucional).

de los derechos humanos. Por lo que se evidencia que no bastan las jurisdicciones internas de los Estados para asegurar el respeto a los derechos de sus nacionales, y menos de los extranjeros, que se encuentran en su territorio.

2. Los migrantes irregulares no son delincuentes, ni atentan contra la soberanía de los Estados. El goce y ejercicio de los derechos humanos no puede estar condicionado por la nacionalidad, ciudadanía ni estatus migratorio.

3. Entre otros factores, la pobreza impide que los derechos humanos sean universales. La pobreza ha excluido a vastos sectores de población del goce y ejercicio de sus derechos por lo que la migración se erige, en ocasiones, como la única opción. La desintegración familiar por migración y el alto número de niñas y niños migrantes son rubros desatendidos por los Estados y por el Derecho.

4. En virtud de que en este estudio se sostuvo que las opiniones consultivas sí son vinculantes para los países que hicieron la solicitud de opinión y en un ejercicio de congruencia, se reitera que México debe de garantizar a todos los migrantes irregulares su derecho a la información sobre la asistencia consular, con base en los criterios asentados en la OC-16/99 de la CortelDH.

5. Retomando la Opinión Consultiva OC-18/03 de la CortelDH, se debe enfatizar que el hecho de entrar en un país distinto del propio violando sus leyes de inmigración no supone la pérdida de los derechos humanos de los migrantes en situación irregular y tampoco suprime la obligación del Estado receptor de protegerlos. Se reconoce la potestad de los Estados para regular sus fronteras, determinar los lineamientos de sus políticas de migración y deportar a los migrantes indocumentados; pero también es obligación de ese Estado respetar, tutelar y defender lo más valioso que tiene el individuo: su vida, libertad y dignidad. Hay que

censurar las posiciones que, por un lado, censuran la migración irregular y, por el otro, se benefician de ella. Es indispensable que la OC-18/03 de la CortelDH sea retomada al interior de los Estados americanos, no se puede permitir que dicho esfuerzo internacional quede en el olvido, por el contrario, debe ser difundido y servir como un instrumento en la protección de derechos de los migrantes.

6. Es urgente que las naciones diseñen mecanismos más accesibles de denuncia para migrantes irregulares. El que los Estados, en todos los ámbitos y niveles de gobierno, desarrollen una cultura de respeto a los derechos humanos es importante, sin embargo es insuficiente si no se les garantiza a los migrantes el acceso a la justicia. Los poderes públicos deben de garantizar e interpretar en un sentido amplio, progresivo y extensivo los derechos humanos de todas las personas que se encuentran en los territorios de los países americanos, no sólo por efecto de su derecho interno, sino también por los compromisos internacionales contraídos en ejercicio de su soberanía.

7. En México, la agenda pendiente en materia de migración empieza con un ejercicio de congruencia entre la actuación internacional e interna del Estado mexicano y con el respeto a los compromisos internacionales contraídos a través de la ratificación de tratados. Es necesario que los derechos humanos sean conocidos, protegidos, respetados y garantizados en los diversos niveles y ámbitos de gobierno, tanto por las autoridades como entre particulares. Los derechos humanos no siempre han sido bien entendidos, suficientemente apreciados y oportunamente defendidos. Aún no es tarde para empezar a hacerlo.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO FGTS

Samara Cavalcante Fernandes

Aluna do Curso de Especialização em Direito Constitucional, pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC e Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA.

Francisco Luciano Lima

Professor doutor do Curso de Especialização em Direito Constitucional, pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC e Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA; 2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA; A AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO FGTS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

RESUMO

A ação civil pública tem como objetivo a tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tendo como legitimado principal o Ministério Público. Dessa forma tornou-se mais eficaz a tutela coletiva desses direitos do que de forma individual, permitindo a efetividade do princípio constitucional do acesso à justiça para todos. O Poder Público, através da ação civil pública, não age na defesa dos seus direitos, mas dos direitos de toda a coletividade. O presente artigo trata da restrição imposta pelo Poder Executivo Federal, através de medida provisória, a atuação da ação civil pública, proibindo a tutela do FGTS por este instituto, colocando o interesse de poucos acima do interesse de toda a coletividade, tendo em vista ser o FGTS um direito constitucional reconhecidamente social e relevante, destinando-se a proteção do trabalhador contra a

despedida arbitrária e sem justa causa por parte do empregador, além da destinação do seu saldo para habitação, saneamento básico e infra-estrutura urbana, o que ressalta seu caráter social.

Palavras-chave: Ação civil pública. FGTS. Legitimidade do Ministério Público do Trabalho.

INTRODUÇÃO

A tutela coletiva vem ganhando importância ao longo do tempo. Em 1985, criou-se a Lei de Ação Civil Pública com o objetivo de tutelar os interesses difusos e coletivos, trazendo como principal legitimado o Ministério Público, que não tinha forças suficientes para enfrentar o Poder Judiciário.

O FGTS, como um direito social que é, de acordo com seu art. 7º, III, no capítulo II – Dos Direitos Sociais, encontra-se nessa categoria dos interesses transindividuais, pertencendo, portanto, ao alvo de atuação da ação civil pública em busca da defesa dos direitos daqueles que tiveram essa garantia cerceada.

Acontece que no ano de 2001, o Poder Executivo Federal editou uma medida provisória acrescentando um parágrafo único ao artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública restringindo a utilização desse instituto para demandas que envolva, além de outras matérias, o FGTS. Essa proibição vem causando transtornos à coletividade, que encontra barreiras no Poder Judiciário ao tentar, de forma coletiva, a proteção, através do Estado, de um direito social relevante.

Como vimos é a própria Constituição que enquadra o FGTS como de interesse social do trabalhador. O FGTS também é considerado de suma importância pela sua destinação, pois encontra previsão na lei nº 8.036/90 que dispõe sobre FGTS, de aplicação dos recursos resultantes

deste fundo em habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana, ressaltando seu caráter social.

Baseado neste pensamento é que no decorrer deste trabalho científico, respondemos a determinados questionamentos, tais como: O que é ação civil pública no direito trabalhista? Quais os casos de legitimidade do Ministério Público do Trabalho? Qual a justificativa para se estabelecer a legitimidade do Ministério Público do Trabalho tutelar o FGTS? Esse acréscimo implantado na Lei de Ação Civil Pública é legal?

A justificativa para esse trabalho encontra-se na falta de coerência do Poder Executivo em limitar o campo de atuação da ação civil pública, considerada um instrumento bastante importante nas mãos de toda a coletividade que, enfim, encontrou forças na batalha em defesa dos seus interesses frente à máquina judiciária. Por ser o FGTS um direito social do trabalhador de relevante importância, de acordo com previsão constitucional, é que tal restrição deve ser reconhecidamente ilegal, deixando de ser aplicada pelos representantes do Poder Judiciário.

O objetivo geral do presente artigo é demonstrar a inconstitucionalidade e ilegalidade da restrição aposta na lei de ação civil pública através de medida provisória que restringe a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos e interesses relativos ao FGTS, tudo com base na própria Constituição e em leis esparsas, mostrando que à época da edição dessa medida provisória limitativa, o verdadeiro interesse do Governo Federal era outro e não a proteção do interesse da coletividade.

Na primeira parte, buscamos inicialmente conceituar ação civil pública abordando seus objetivos, bem como a legitimação do Ministério Público para tutela dos interesses metaindividuais, fazendo a distinção entre a ação civil pública e a ação civil coletiva, visando diferenciá-las quanto ao seu

destino e objeto, concluindo que ambas fazem parte do gênero ação coletiva.

Na segunda parte, abordamos os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal de 1988, enfocando o FGTS como direito social de relevante valor social, buscando definir as características do Ministério Público do Trabalho, justificando sua legitimidade para tutela dos interesses transindividuais referentes aos direitos trabalhistas, enquadrando o FGTS nessa categoria, e finalmente, definindo um a um os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, mostrando suas peculiaridades e as características comuns que os enquadram como interesses metaindividuais.

Na terceira parte, capítulo define FGTS como um direito social do trabalhador aos depósitos fundiários depositados em conta própria pelo empregador, formando um patrimônio social e visando à proteção do trabalhador em face da despedida arbitrária e sem justa causa, constituindo um dos mais importantes instrumentos nas mãos do administrador público, visando a proteção do trabalhador.

Concluimos que esse trabalho visa justificar a legitimidade do Ministério Público do Trabalho em tutelar os interesses dos trabalhadores decorrentes da falta de depósitos do FGTS, enquadrando-o como interesse individual homogêneo, mostrando a inconstitucionalidade da medida provisória que restringiu a atuação da ação civil pública, tanto em relação ao seu aspecto formal quanto ao material.

1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública é um instrumento processual adequado para proteger danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético,

histórico, turístico e paisagístico e qualquer outro interesse difuso ou coletivo, atendendo a todos os interesses coletivos da sociedade, de acordo com a Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública.

Esta é uma lei processual, que contém regras processuais objetivando a regulação do processo coletivo na defesa dos interesses sociais face ao seu descumprimento. Como norma de direito processual, pressupõe norma de direito substancial que trate da delimitação desses direitos coletivos, a fim de detectar se foram ou não violados (ABELHA, 2004). No mesmo sentido, encontramos o ensino de Hely Lopes Meirelles (2000, p.164):

A Lei 7.347/85 é unicamente adjetiva, de caráter processual, pelo que a ação e a condenação devem basear-se em disposição de alguma norma substantiva, de Direito Material, da União, do Estado ou do Município, que tipifique a infração a ser reconhecida e punida pelo Judiciário, independentemente de qualquer outra sanção administrativa ou penal em que incida o infrator.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, esta lei ganhou força, sendo restituída e até ampliada sua abrangência original. É referenciada expressamente no art. 129, III, da Constituição Federal de 1988, dentro do capítulo que trata das funções institucionais do Ministério Público dizendo caber-lhe a promoção da ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A ação civil pública tem superior importância por serem básicos de toda a sociedade os interesses por ela tutelados,

devido a falta de forças para enfrentar de forma individual as poderosas demandas judiciais que duram anos e anos. Com isto, verifica-se que, através da ação civil pública, agora o cidadão exerce o verdadeiro direito de ação previsto no art. 5º. XXXV, da Constituição Federal (MELO, 2004).

De acordo com esse entendimento, assinala o Min. do TST – Tribunal Superior do Trabalho, Ives Gandra Martins Filho (2009, *on line*):

Foi necessário superar os cânones do processo civil limitado aos interesses individuais, promovendo o que se denominou de coletivização do processo, com admissão do representante grupal, sem citação de todos os envolvidos na demanda, e extensão da coisa julgada a quem não foi ouvido em juízo e não pode se defender individualmente.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993) segue a mesma linha na extensão do objeto da Ação Civil Pública quando exercida pelo Ministério Público, constando em seu art. 25, IV, “a” e “b” caber ao Ministério Público “a proteção, prevenção e reparação dos danos causados [...] a outros interesses [...] individuais indisponíveis e homogêneos”; e “para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem”.

Em relação ao direito do trabalho, a ação civil pública trouxe bastante indignação para alguns, por tutelar direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos do trabalhador, considerado hipossuficiente, por não dispor individualmente

de nenhuma condição de enfrentar o Poder Judiciário de forma semelhante a do empregador. Tenta-se de todas as formas a limitação do poder e da importância deste instrumento para a sociedade, utilizando-se, algumas vezes, de meios ilícitos e inconstitucionais de fazê-lo.

Através da ação civil pública, houve um aumento da demanda dos trabalhadores de forma coletiva, pois passaram a ter mais chances de enfrentarem, de forma isonômica a do empregador, os tribunais, devido à força que ganharam na luta pelos seus direitos até então negados. Outro fator importante foi à diminuição de ações individuais que abarrotavam o Poder Judiciário, obedecendo diretamente ao princípio da economia processual.

Essa substituição processual, da demanda individual pela coletiva, é de interesse público relevante pelo seu caráter político-social da prestação jurisdicional, fazendo com que haja uma progressão do Judiciário, em especial na área trabalhista, no que tange ao processamento e aos direitos tutelados por essa demanda. Nesse sentido, assinala Édís Milaré (apud LEITE, 2005, p.891):

Numa sociedade como essa – sociedade de massa – há que existir igualmente um processo civil de massa. A ‘socialização’ do processo é um fenômeno que, embora não recente, só de poucos anos para cá ganhou contornos mais acentuados, falando-se mesmo em normas processuais que, pelo seu alcance na liberalização dos mecanismos de legitimação *ad causam*, vão além dos avanços verificados nos países socialistas. ‘Tudo é público e qualquer pessoa pode tutelar direitos’.

Enquanto ocorre esse desenvolvimento no poder Judiciário, o poder Executivo vem fazendo investidas contrárias à ação civil pública através, principalmente, do expediente das medidas provisórias, criando barreiras para a prestação jurisdicional por meio da ação civil pública e outras medidas coletivas (MELO, 2004).

Pelo conceito de Carlos Henrique Bezerra Leite (2005, p. 223): “ação é o direito público, autônomo e abstrato, constitucionalmente assegurado à pessoa, natural ou jurídica, e a alguns entes coletivos, para invocar a prestação jurisdicional do Estado”.

A ação é direito constitucional por encontrar-se na lista dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, previstos na Constituição Federal de 1988, como corolário do princípio constitucional da demanda, previsto no art. 5º., XXXV, também da nossa Carta Constitucional. E por ser constitucional esse direito, todos devem ter acesso para defesa de seus interesses.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2005) diz que no processo do trabalho, as ações são divididas em individuais e plúrimas, estas últimas são consideradas *stricto sensu* e *lato sensu*. As ações plúrimas ou coletivas *stricto sensu* são chamadas de dissídios coletivos, que tem por objetivo a criação de novas normas ou condições de trabalho mais benéficas que às previstas em lei, possibilitando a Justiça do Trabalho o exercício do seu Poder Normativo, conforme previsão no parágrafo 2º. do art. 114 da Constituição Federal.

As ações coletivas *lato sensu* são a ação civil pública e a ação civil coletiva, utilizadas para a defesa dos direitos metaindividuais, que objetivam a condenação do réu para o cumprimento de uma obrigação específica, que quando inviável, impõem uma obrigação de fazer ou não fazer ou a condenação em dinheiro.

A ação civil pública, como espécie que é das ações

coletivas, tem por objetivo a proteção dos direitos e interesses metaindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos – que sofram ameaças, ou sejam, lesionados.

Conforme já constatamos anteriormente, o objeto da ação civil pública, com a própria Constituição de 1988 e, principalmente, com o Código de Defesa do Consumidor, foi significativamente alargado, ampliando a sua atuação como meio de defesa da coletividade.

O próprio Código de Defesa do Consumidor cuidou de criar um instrumento novo de defesa dos interesses metaindividuais, principalmente dos interesses individuais homogêneos, que é a ação civil coletiva. Pelo Código de Defesa do Consumidor, o direito ou interesse das vítimas pode ser exercido em juízo, tanto individualmente, como a título coletivo, tendo como legitimados os mesmos previstos para ação civil pública (art. 82, do Código de Defesa do Consumidor). Esta orientação encontra-se no art. 91, do Código de Defesa do Consumidor, conforme exposto: “Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”.

Daí o surgimento do processo coletivo, também chamado de “jurisdição civil coletiva”, que, diferentemente do processo individual regulado pelo Código de Processo Civil, passou a ser disciplinado, basicamente, pelo sistema integrado de normas contidas na Constituição Federal, na Lei de Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor, e, subsidiariamente, no Código de Processo Civil.

A ação civil coletiva é uma ação destinada à reparação dos danos sofridos individualmente pelas vítimas de forma coletiva, ao contrário da ação civil pública, também

considerada ação coletiva *lato sensu*, que, em regra, busca o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer e uma condenação genérica (arts. 3º, 11 e 13, da Lei nº 7.347/85), de acordo com o caso concreto, pelos danos já causados aos interesses individuais, difusos e coletivos.

Portanto, a distinção relevante a que se chega entre ação civil pública e ação coletiva, é que a primeira objetiva a cessação dos danos causados pela infringência a interesses coletivos, enquanto a segunda ação objetiva a reparação dos danos causados pela lesão a interesses individuais que atingiram, de forma comum, a um grupo determinado de pessoas. No entanto, se esses interesses individuais homogêneos lesionados forem de relevância social e as pessoas atingidas requererem que referida lesão se finde, então é legítimo ao Ministério Público propor ação civil pública para a defesa desses direitos.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tende a distinguir o requisito do relevante interesse social para autorizar o Ministério Público do Trabalho a ajuizar ação civil pública em defesa dos interesses individuais homogêneos, considerando que esses interesses são subespécies de interesses coletivos. Respalhando esse entendimento, trazemos decisão turmária do TST, como se vê:

RECURSO DE REVISTA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. O Ministério Público do Trabalho tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos. A situação da sociedade cooperativa, em que se configura a fraude

no propósito de intermediação de mão-de-obra, com a não-formação do vínculo empregatício, configura direito individual homogêneo revestido de interesse social relevante.

Revista conhecida e provida.

(TST-RR-612.525/99.2, 1ª Turma, relator Ministro Wagner Pimenta, julgado em 15.05.2002)

Concluimos que a ação civil pública é um instrumento que vem expandindo seu alcance, resguardando cada vez mais os interesses e direitos da sociedade em massa, de forma coletiva, através da defesa dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos lesionados, combatidos mais eficazmente que de forma individual. Beneficia principalmente a coletividade em detrimento de uma minoria poderosa.

2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA

Inicialmente, a Lei nº 7.347/86 (Lei da ação civil pública) não se aplicava ao processo do trabalho, devido a vedação do Presidente da República do inciso IV, do art. 1º desta lei, que constava caber ação civil pública para defesa de outros interesses difusos e coletivos que não os expressos pela norma, tornando o rol constante do seu art. primeiro taxativo.

Foi após a promulgação da Constituição da República em 1988 que a abrangência da ação civil pública foi alargada, tendo em seu art. 129, III, a previsão para a tutela de outros interesses difusos e coletivos pela ação civil pública, e posteriormente com o Código de Defesa do Consumidor que restabeleceu o inciso IV, ao art. 1º, da lei de ação civil pública. Mas, foi com edição da lei

complementar no. 75/93, que a ação civil pública, sem dúvida alguma, passou a ser aplicada na justiça do Trabalho, a partir da previsão do art. 83, III, que trata das atribuições do Ministério Público do trabalho para a defesa dos direitos coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais previstos na Constituição.

A ação civil pública trabalhista ganhou força em 1993, quando da edição da Lei Complementar n. 75, de 20.5.1993, chamada de Lei Orgânica do Ministério Público da União, onde consta, em seu art. 83, III, que compete a Justiça do Trabalho processar e julgar a ação civil pública, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Os interesses coletivos contidos na norma citada acima referem-se aos interesses difusos e individuais e homogêneos. Isto torna-se claro através da interpretação conjugada desse artigo com o art. 129, III, da Constituição Federal, que confirma caber ação civil pública trabalhista em defesa de outros interesses difusos e coletivos.

Os direitos humanos, ao longo da história de toda a sociedade, foram sendo classificados de acordo com as necessidades da coletividade. Os direitos de primeira geração, assim classificados, dentre outros, o direito a liberdade, implica uma ação negativa do Estado, dado ter surgido numa fase em que o comportamento da sociedade era determinado pelo Estado.

Os denominados direitos de segunda geração abrangem os direitos sociais, exigindo uma ação positiva do Estado no sentido da defesa e proteção desses direitos. Em seguida surgiram os direitos de terceira geração, também denominados direitos de solidariedade, cujos sujeitos não são indivíduos, mas grupos humanos. Hoje, já se fala na formação dos direitos fundamentais de quarta geração, que se referem ao patrimônio genético.

Os direitos sociais, como direitos de segunda geração, compreendem os direitos coletivos, não considerando o homem isoladamente, mas o interesse coletivo como conseqüência do princípio da igualdade, conforme entendimento de Evanna Soares (2004).

Os direitos trabalhistas constitucionais encontram-se descritos no art. 7º da Constituição Federal, dentro do Capítulo II que trata dos direitos sociais, considerando não só os previstos, mas, igualmente outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

Portanto, os direitos sociais dos trabalhadores são considerados direitos humanos fundamentais de segunda geração, inserindo nesse contexto a ação civil pública que, a partir da Constituição Federal de 1988, passa a ser uma garantia constitucional dos direitos humanos do trabalhador e um dos principais meios de atuação do Ministério Público do Trabalho para efetivar alguns dos objetivos fundamentais da República, que são os previstos nos incisos III e IV, da Constituição Federal de 1988, que prevêm a redução da marginalização e a erradicação da pobreza, bem como a promoção do bem de todos, sem distinção de sexo, idade, cor, raça, origem e outras formas.

Hoje, o próprio Tribunal Superior do Trabalho reconhece além da legitimidade do Ministério Público do Trabalho para propor ação civil pública na defesa dos interesses difusos e coletivos, agora também para defesa dos interesses individuais homogêneos, como se vê:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.
LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM PARA
PROPORAÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO
ASSEGURAR DIREITOS INDIVIDUAIS
HOMOGÊNEOS. Os interesses que o
Ministério Público do Trabalho visa defender

na presente Ação Civil Pública, relacionados ao pagamento de salários vencidos e vincendos, classificam-se como individuais homogêneos, pois possuem origem comum e é possível a determinação imediata dos empregados que foram prejudicados pelos atos lesivos do recorrido e as reparações dos danos podem-se dar de forma distinta em relação a cada um dos membros da coletividade atingida. Vale dizer, os direitos lesados são divisíveis. O *Parquet* laboral possui legitimidade para defender tais interesses em juízo, assim como os interesses coletivos e difusos, nos termos dos arts. 6º, VII, “a” e “d”, 7º, I, 83, III e 84, caput e II da Lei Complementar n. 75/93. Recurso conhecido e provido.

Finalmente, demonstramos a clareza da legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para a defesa e proteção dos direitos constitucionais ou dos interesses metaindividuais, através da ação civil pública, desde que oriundos das relações trabalhistas.

Segundo o doutrinador Manoel Antonio Teixeira Filho, examinando a matéria sob a ótica institucional do Ministério Público do Trabalho, não é difícil concluir ser este legítimo para ajuizar ação civil pública na promoção da defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos (TST-e-AIRR-1.585/2003-004-20-40.7, Relator Ministro EMMANOEL PEREIRA, in DJ de 12/05/2006).

Rodolfo Camargo Mancuso também compartilha desta corrente, registrando que quando os interesses forem individuais homogêneos remanesce a legitimação do Ministério Público do Trabalho, de acordo com o art. 82, I,

do Código de Defesa do Consumidor e art. 6º, XII, da LC 75/93), mesmo que essa espécie de interesses não esteja disposta no art. 129, III, da Constituição Federal, mas pela previsão de tutela pelo *Parquet* encontrada no art. 129, IX, da Constituição Federal, que admite o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (TST-e-AIRR-1.585/2003-004-20-40.7, Relator Ministro EMMANOEL PEREIRA, in DJ de 12/05/2006).

Acreditamos que essa compatibilidade com sua finalidade surge a indisponibilidade do interesse (art. 127, da Constituição da República), que é decorrente de sua relevância social, pois do contrário o interesse seria puramente individual, mesmo que atingisse um certo número de pessoas, devendo ser tutelado de forma individual através da figura do litisconsórcio. Esta também é a opinião da jurisprudência trabalhista, senão vejamos:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.
LEGITIMIDADE ATIVA. AÇÃO CIVIL
PÚBLICA.

DIREITOS COLETIVOS E DIREITOS
INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS
INDISPONÍVEIS. Tem legitimidade o Ministério Público do Trabalho para propor ação civil pública, visando a tutelar direitos coletivos. Tal é a hipótese sob exame, em que o Parquet Trabalhista persegue a imposição de obrigação de não fazer, com efeitos projetados para o futuro, mediante provimento jurisdicional de caráter cominatório, consistente em não repassar para os salários eventuais prejuízos decorrentes da atividade empresarial,

inclusive decorrente de operação com bomba de combustível na venda de produto ao público e de cheques de clientes sem provisão de fundos, observada, no entanto, a exceção contida no §1º do art. 462, da CLT. Inteligência dos artigos 83, III da Lei Complementar nº 75/93 e 129 da Constituição Federal. **Tal legitimidade alcança, ainda, os direitos individuais homogêneos, que, na dicção da jurisprudência corrente do exc. Supremo Tribunal Federal, nada mais são senão direitos coletivos em sentido lato, uma vez que todas as formas de direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), passíveis de tutela mediante ação civil pública, são coletivos. Imperioso observar, apenas, em razão do disposto no artigo 127 da Constituição Federal, que o direito individual homogêneo a ser tutelado deve revestir-se do caráter de indisponibilidade.** (E-RR-636.470/2000, rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ-20/08/2004). (grifamos)

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.
AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE
PARA TUTELAR DIREITOS INDIVIDUAIS
HOMOGÊNEOS. **O Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para propor ação civil pública visando tutelar direitos individuais homogêneos. Direitos**

Individuais homogêneos são todos aqueles que estão íntima e diretamente vinculados à esfera jurídica de pessoas facilmente identificáveis, de natureza divisível e decorrentes de uma realidade fática comum. São seus titulares ou destinatários pessoas que estão vinculadas por laços comuns com o agente causador da sua ameaça ou lesão e que, por isso mesmo, atingidos em sua esfera jurídica patrimonial e/ou moral, podem, individual ou coletivamente, postular sua reparação em Juízo. Regra geral, sua defesa em Juízo deve ser feita através da ação civil pública, nos termos do que dispõe o art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11.9.90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor). O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Min. Maurício Corrêa, expressamente reconhece que os direitos individuais homogêneos constituem uma subespécie de interesses coletivos (STF - 2ª T. RE-163231-3/SP julgado em 1º.9.96). Esta Corte, em sua composição plena, cancelou o Enunciado nº 310, tendo adotado o entendimento de que a substituição processual prevista no art. 8º, III, Constituição Federal não é ampla, mas abrange os direitos ou interesses individuais homogêneos (E-RR-175.894/95 Rel. Min. Ronaldo Lopes Leal julgado em 17.11.2003). Por conseguinte, está o embargante legitimado para, em Juízo,

postular, na condição de substituto processual, em nome dos substituídos, nos termos do que dispõe o art. 8º, III, da Constituição Federal, direitos individuais homogêneos, subespécie de direitos coletivos. Inteligência que se extrai dos artigos 129, III, da Constituição Federal, 83, III, da Lei Complementar nº 75/93 e 81 e 82 da Lei nº 8.078, de 11.9.90. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR-689.716/2000, rel. Min. Milton de Moura França, DJ-16/04/2004).
(grifamos)

É por todo o exposto que concluímos caber a promoção da ação civil pública para tutela de todos os interesses metaindividuais ou transindividuais, aí compreendidos os coletivos, difusos e individuais homogêneos, ao Ministério Público na qualidade de substituo processual, com base na própria Constituição Federal, bastando para isso que tais direitos sejam identificados.

3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO FGTS

A ação civil pública, antes vista, tem por objetivo a tutela de direitos e interesses metaindividuais, ou seja, difusos, coletivos e individuais homogêneos, contra ameaças e lesões. É considerada de suma importância porque tais direitos são bens do povo, que, na maioria das vezes, não podem ser tutelados de forma individual, posto ser a pessoa, de forma individual, considerada fraca para enfrentar a máquina judiciária.

A jurisdição coletiva vem, nos últimos tempos, cada vez mais intensa perante o Poder Judiciário, beneficiando um

número crescente de pessoas, principalmente na seara trabalhista, onde encontramos maior fragilidade no respeito aos direitos dos trabalhadores, por serem considerados hiposuficientes perante o seu empregador, dado o caráter da subordinação existente nessa relação.

Diante da grandeza desse instrumento em posse de toda sociedade, vem o Poder Executivo investindo contra esse instrumento, pois o atinge diretamente, posto ser crescente o questionamento de interesses contra o próprio poder público. Por isto vem investindo contra a ação civil pública, limitando o seu alcance através de restrições impostas na própria lei da ação civil pública.

Com essa finalidade foi incluído o parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 7.347/85 (lei da ação civil pública), que diz: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

Especificamente, em relação ao FGTS, objeto do nosso estudo, é flagrante a intenção do governo, com a introdução dessa limitação, criar dificuldades à luta dos trabalhadores na busca das diferenças da correção monetária dos depósitos fundiários decorrentes de índices oficiais negados na época dos planos econômicos e hoje reconhecidos pelo STF. Esses interesses fundiários são questionados contra o poder público, explicando o interesse do governo em limitar a tutela coletiva, forçando a demanda individual, reconhecidamente mais frágil, além das pressões de grupos interessados, que encontram na defesa dessas ações um forte meio de enriquecimento, dado referirem-se a quantias vultosas.

O FGTS é um direito social coletivo, por se referir aos trabalhadores, assegurado pela própria Constituição da

república em seu art. 7º, inciso III, que deve ser utilizado quando da demissão do empregado ou nas demais hipóteses prevista em lei própria. Dessa forma, é um abuso negar a tutela coletiva a um dos mais importantes direito do trabalhador, contrariando até mesmo a própria Constituição.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS foi criado em 1966 com a lei n. 5.107 como alternativa ao antigo regime da CLT. Maurício Godinho Delgado (2005, p.1265) o define como:

[...]consiste em recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social d destinação legalmente especificada.

Antes da criação do FGTS, o trabalhador regido pela CLT, em caso de dispensa imotivada, tinha direito a uma indenização de acordo com os arts. 477 e 478 da CLT. Após o surgimento do FGTS, passou o trabalhador a dispor de duas alternativas: optava pelo regime do FGTS ou pelo sistema da CLT.

Pelo regime do FGTS, o trabalhador que fosse dispensado imotivadamente tinha direito de sacar os depósitos efetuados e ainda recebia uma indenização compensatória. No entanto, o optante não tinha direito à indenização fixada nos arts. 477 e 478 da CLT e à respectiva estabilidade decenal.

Observa-se que os objetivos do FGTS são muito claros e constitui um dos mais importantes instrumentos nas mãos do administrador público, pois além de visar a proteção do trabalhador, efetivando o direito laboral, cria um fundo que visa o lastreamento de operações de cunho social patrocinadas pelo executivo federal.

Trata-se, pois, de um bem jurídico objeto tanto de interesses individuais homogêneos de uma coletividade como de interesse de relevância social, cuja lesão a esse direito impõe a tutela coletiva pelo Ministério Público. Portanto, torna-se a atuação do *Parquet*, através da ação civil pública, para tutela do direito dos empregados aos depósitos fundiários, totalmente legítima, posto ser o FGTS um interesse social constitucionalmente garantido.

Em relação a natureza jurídica desse instituto há o surgimento de diversas teorias, de acordo com Saraiva (2005, p. 271), dentre elas: a) contribuição fiscal; b) contribuição parafiscal; c) natureza previdenciária; d) salário diferido, afirmando prevalecer a da indenização ao obreiro dispensado, dado ser um instituto substituto da indenização fixada nos arts. 477 e 478 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Maurício Godinho Delgado (2005, p.1272) diz que a natureza jurídica do FGTS é multidimensional com fins justralhistas combinado com o seu caráter de fundo social com destinação variada, combinando ambos e formando um instituto unitário.

Ocorre que o entendimento dos Tribunais Superiores difere desse doutrinador, afirmando ser o FGTS de cunho trabalhista, não podendo ser considerado tributo, pois este pressupõe a inversão de recursos ao Estado ou a outros entes que exerçam serviços públicos, e não a particulares no seu interesse pessoal. A atividade fiscalizadora do Estado não o torna titular da contribuição, que não é receita

pública. Verificamos abaixo os diversos entendimentos do Supremo Tribunal Federal referente a esse assunto:

EMENTA: - Fundo de Garantia de Tempo de Serviço. (FGTS). Contribuição estritamente social, sem caráter tributário. Inaplicabilidade à espécie do art. 173 do CTN, que fixa em cinco anos o prazo para constituição do crédito tributário. R.E. conhecido e provido para se afastar a declaração de decadência. Precedente do plenário. (RE -110.012-5, Rel. Min.Sidney Sanches, DJ-11.03.88) (grifamos)

EMENTA: - Fundo de garantia do tempo de Serviço Prescrição. Prazo Trintenário. Lei Orgânica da Previdência Social, art. 144. A natureza jurídica da contribuição devida ao Fundo de Garanta do Tempo de Serviço foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 100249 – RTJ 136/681. Nesse julgamento foi ressaltado **seu fim estritamente social de proteção ao trabalhador**, aplicando-se-lhe, quanto à prescrição, o prazo trintenário resultante do art. 144 da Lei orgânica da Previdência Social. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE-134328-1, Rel.Min. Ilmar Galvão, DJ-19.02.93) (grifamos)

EMENTA: - Contribuições para o Fundo de

garantia do tempo de Serviço Prescrição. Esta Corte, ao julgar, por seu plenário, o RE 100249, firmou o entendimento, em face da Emenda Constitucional n. 1/69, de que **as contribuições para o Fundo de garantia do tempo de Serviço não se caracterizam como créditos tributários ou contribuições equiparáveis a tributos**, razão por que não se lhe aplica a prescrição quinquenal prevista no Código Tributário Nacional. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE-116761-1, Rel.Min. Moreira Alves, DJ-02.04.93) (grifamos)

EMENTA: - Contribuição para o FGTS. Prescrição.

Esta Corte, ao julgar, por seu plenário, o RE 100249, firmou o entendimento, em face da Emenda Constitucional n. 1/69, de que **as contribuições para o Fundo de garantia do tempo de Serviço não se caracterizam como créditos tributários ou contribuições equiparáveis a tributos**, razão por que não se lhe aplica a prescrição quinquenal prevista no Código Tributário Nacional. O acórdão recorrido divergiu desse entendimento. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE-119622-0, Rel.Min. Moreira Alves, DJ-08.11.96) (grifamos)

EMENTA: - Contribuição para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Prescrição trintenária.

Dada a natureza tributária desses créditos em face da Constituição de 1967 (Emenda n. 1/69), não se lhes aplica a prescrição quinquenal prevista no Código Tributário Nacional. Precedente do STF: RE 116.761, DJ de 02.04.93.

(RE-118107-9, Rel.Min. Moreira Alves, DJ-14.02.97) (grifamos)

EMENTA: Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Sua natureza jurídica. Constituição, art. 165, XIII. Lei no. 5.107, de 13.09.66. **As contribuições para o FGTS não se caracterizam como crédito tributário ou contribuições a tributo equiparáveis.** Sua sede está no art. 165, XIII, da Constituição. Assegura-se ao trabalhador estabilidade, ou fundo de garantia equivalente. Dessa garantia, de índole social, promana, assim, a exigibilidade pelo trabalhador do pagamento do FGTS, quando despedido, na forma prevista em lei. Cuida-se de um direito do trabalhador. Dá-lhe o Estado garantia desse pagamento. **A contribuição pelo empregador,, no caso, deflui do fato de ser ele o sujeito passivo da obrigação, de natureza trabalhista e social, que encontra, na regra constitucional aludida, sua fonte. A atuação do Estado, ou de órgão da administração pública, em prol do recolhimento da contribuição do FGTS, não implica torná-lo titular do direito à contribuição, mas, apenas, decorre do**

cumprimento, pelo Poder Público, de obrigação de fiscalizar e tutelar a garantia assegurada ao empregado optante pelo FGTS. Não exige o Estado, quando aciona o empregador,, valores a serem recolhidos ao Erário, como receita pública. Não há, aí, contribuição de natureza fiscal ou parafiscal. Os depósitos do FGTS pressupõem vínculo jurídico, com disciplina no Direito do Trabalho. Não se aplica às contribuições do FGTS o disposto nos arts. 173 e 174, do CTN.

Recurso extraordinário conhecido, por ofensa ao art. 165, XIII, da Constituição, e provido, para afastar a prescrição quinquenal da ação.

(**RE-100249-2**, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ-01.07.88) (grifamos)

O acórdão imediatamente referido acima serviu de base para todas as outras decisões do Supremo Tribunal Federal e até do Superior Tribunal de Justiça no que se refere à natureza jurídica dos depósitos do FGTS, mesmo tendo sido prolatada em data anterior a Constituição Federal de 1988 continua atual e vigente.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço foi criado por uma lei infraconstitucional, a lei no. 5.107, de 13.09.66, que visava assegurar o empregado quando fosse dispensado da empresa, podendo sacá-lo. Ao mesmo tempo pretendia, com o dinheiro arrecadado, financiar a aquisição de imóveis através do Sistema Financeiro de Habitação.

O FGTS, conforme vimos, é um direito social do trabalhador previsto na Constituição no capítulo dos direitos sociais, portanto um direito fundamental. Segundo Ana Maria

D'Ávila (2001, p. 106), os direitos fundamentais protegem os particulares dos interesses estatais, conforme vemos:

Os direitos fundamentais resolvem conflitos entre os interesses particulares e o Estado, e fazem isto, essencialmente defendendo a pessoa humana contra os interesses estatais, o que não deve ser entendido como uma negação do Estado, senão como sua submissão aos interesses dos particulares [...].

Portanto, a função principal do Estado é garantir os direitos fundamentais das pessoas, em procura do estabelecimento de um Estado de Direito.

A obrigação de respeitar os direitos fundamentais significa a proibição de violar os interesses particulares. Esta obrigação de garantir os direitos fundamentais consiste no dever dos órgãos estatais de eliminar todo perigo e de destruir qualquer obstáculo que possa ameaçar a realização dos interesses protegidos por esses direitos.

Então, vemos que a utilização da medida provisória pelo Poder Executivo para suprimir o alcance da ação civil pública em relação a tutela de direitos coletivos referentes, especificamente, ao FGTS, demonstra que o Estado, ao contrário da tese acima exposta, está agindo ao contrário das suas principais funções, em prol dos seus próprios interesses em detrimento dos interesses particulares. Isto, além de ferir os princípios constitucionais, é uma temeridade, posto o enorme poder da máquina estatal frente aos interesses particulares.

Considerando que o FGTS é um direito de cada trabalhador, portanto individual, e que por serem considerados direitos sociais, podem ser tutelados coletivamente quando referirem-se a um grupo de trabalhadores de uma mesma empresa em busca da efetivação desse direito. Constituem, entretanto, a categoria dos direitos individuais homogêneos. Individuais por ser direito pertencente a cada trabalhador individualmente; e homogêneo por esse trabalhador pertencer a um grupo de pessoas que tem esse direito obstaculizado.

Ademais, o art. 6º, inciso VII, alíneas a e d, da Lei Complementar prevê a competência do Ministério Público para promover ação civil pública para a proteção dos direitos constitucionais e de outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

Encontram-se os depósitos fundiários, portanto, certamente abrangido pela lei acima referida por tratarem-se de direito constitucional, social, individual, indisponível e homogêneo (abrangendo um grupo de trabalhadores). Com este entendimento encontramos o doutrinador Hugo Nigro Mazzilli (apud LEITE, 2006, p. 234), que diz:

Interpretando conjuntamente a norma constitucional que comete ao ministério Público a iniciativa na área cível e aquela que lhe confere destinação institucional, torna-se claro que o Ministério Público terá iniciativa da ação civil pública para defesa de interesses difusos ou coletivos, bem como para defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis. [...] Também cabe ao Ministério Público defender os interesses individuais homogêneos, desde que isto convenha de alguma forma à coletividade como um todo.

A legitimidade do Ministério Público do trabalho para propor ação civil pública na defesa dos interesses dos trabalhadores aos depósitos do FGTS, decorre de amparo legal expresso, doutrinário e jurisprudencial, além de respaldado constitucionalmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ação civil pública foi criada com o objetivo específico de tutelar os interesses e direitos coletivos e difusos de forma coletiva. Posteriormente o Código de Defesa do Consumidor trouxe outra categoria de direitos coletivos, os individuais homogêneos, trazendo o Ministério Público como legitimado para sua defesa. A partir daí iniciou-se as controvérsias acerca do reconhecimento da defesa coletiva desses direitos pelo *Parquet*.

Um sistema integrado de leis, em consonância com a Constituição Federal, concluiu pela possibilidade de atuação do Ministério Público através de ação civil pública em defesa dos direitos metaindividuais, neles abrangidos os coletivos, difusos e individuais homogêneos. É nessa qualidade que o *Parquet* vem crescendo sua atuação e ganhando importância, acelerando o processo judiciário e garantindo proteção aos direitos cerceados da coletividade.

Podemos dizer, então, que a principal finalidade dessa ação é garantir o acesso a todos os titulares materiais dos interesses metaindividuais à prestação jurisdicional, pois estes interesses são bem do povo, e constituem um interesse primário da sociedade.

O FGTS, por ser um direito social do trabalhador, é considerado como verdadeiro direito humano, constituindo a base da civilização democrática. Esses direitos são considerados fundamentos da sociedade. É com base no exposto que encontramos a fundamentação da propositura

da ação civil pública trabalhista em busca do cumprimento dessa obrigação constitucional.

Diante dos diversos posicionamentos doutrinários em relação à natureza jurídica do FGTS, consideramos mais acertada a predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que considera a natureza jurídica do FGTS como de um direito trabalhista com finalidade estritamente social, sem caráter tributário.

Concluimos, então, que o Ministério Público do Trabalho é legítimo para a utilização da ação civil pública em defesa dos direitos dos trabalhadores relativos ao FGTS; devendo ser reconhecida a inconstitucionalidade dessa medida provisória, reeditada várias vezes, dirimindo a controvérsia existente em relação a possibilidade da utilização da ação civil pública trabalhista pelo *Parquet* laboral em defesa desse direito, pacificando essa questão para se efetivar a tutela mais eficazmente.

Não obstante, essa questão ainda não foi pacificada por pura falta de interesse do Poder Executivo federal, que insiste em tolher os direitos sociais de relevante valor social em detrimento de interesses próprios, indo de encontro às suas principais funções e ferindo os princípios constitucionais, o que é considerado uma temeridade, dado o poder do Estado frente os interesses particulares.

Finalmente, concordamos com toda a jurisprudência dos Tribunais Superiores de que a ação civil pública é considerada meio eficaz para a proteção dos direitos metaindividuais, inclusive os individuais homogêneos, nele abrangido o FGTS, que por se referir a um direito trabalhista e, constitucionalmente, um direito social, tem como titular, em nome de todos os interessados, o Ministério Público Trabalhista.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. 2.ed. São Paulo: Forense, 2004.

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

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade de por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

_____. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação Civil Pública – Direitos Individuais Homogêneos, Limitações à sua Tutela pelo Ministério Público. **Ciência Jurídica**, São Paulo, v.16, n.104, p. 22-24, mar. 2002.

D'ÁVILA, Ana Maria. **Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**: 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Acórdão do TST-e-RR-443/2004-802-10-00.6, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, in DJ de 31/03/2006.

Disponível em: <<http://www.TST.gov.br/Jurisprudência.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

LAZZARI, João Batista. Ação Civil Pública. **Revista da Previdência Social**, São Paulo, v. 26, n. 264, p. 994-995, nov. 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A ação civil pública e a tutela dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores em condições de escravidão. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6810>>. Acesso em: 12 jul. 2009.

_____. **Curso de Direito processual do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Ministério Público do Trabalho: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e Outros Interesses**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandato de Injunção**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELO, Raimundo Simão. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2005.

SOARES, Evanna. **Ação Ambiental Trabalhista**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA.

José Ítalo Aragão de Vasconcelos

Aluno do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC/ UVA e servidor do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região.

RESUMO: O presente trabalho aborda o papel da Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça. A Defensoria Pública é um importante instrumento pelo qual se viabiliza o exercício dos direitos e garantias dos cidadãos hipossuficientes. Destaca-se que a função da Defensoria Pública não se restringe à assistência judicial, mas também à assistência jurídica e extrajudicial, diferenciando o conceito de acesso à Justiça e acesso ao Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso. Justiça. Defensoria Pública.

INTRODUÇÃO

Dentre os direitos consagrados na Constituição Federal de 1988, está previsto no artigo 5º, inciso LXXIV, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Por sua vez, no artigo 134 da Carta Magna, revela que a Defensoria Pública ganhou *status* de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa dos necessitados em todos os graus.

A Lei Complementar nº 80, de 11 de janeiro de 1994, organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, bem como prescreve normas gerais para sua organização nos Estados.

Diante disso, busca o presente trabalho apreciar um dos instrumentos efetivamente capaz de propiciar o amplo acesso à justiça dos cidadãos carentes, tanto para sua orientação, informação e conscientização sobre os assuntos jurídicos, como para a defesa e postulação dos seus direitos, que é a Defensoria Pública nos moldes do estatuído pela Constituição Federal de 1988. Isso porque a referida instituição possibilita aos necessitados na forma da lei, uma assistência jurídica integral e gratuita, e não apenas a assistência judiciária. Garante, ainda, o equilíbrio entre as partes, eis que representada por seus membros, os defensores públicos, profissionais exclusivos, capacitados para enfrentar em igualdade de condições a parte contrária.

1 O SIGNIFICADO DE “ACESSO À JUSTIÇA”.

O significado da expressão “acesso à justiça” sofreu alterações com a evolução do Estado. No período do liberalismo clássico, no qual predominava a visão individualista dos direitos, impunha-se ao Estado uma atitude passiva, de não interferência nas relações sociais. Bastava ao Estado prever o direito dos indivíduos acionarem o Poder Judiciário, mantendo-se indiferente quanto à possibilidade efetiva de todos fazê-lo. A jurisdição era concebida como atividade eminentemente repressiva, ocorrendo exclusivamente após a violação do ordenamento jurídico, sendo ignorada sua função preventiva.

Registra MAURO CAPPELLETTI:

Nos Estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à

proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitam de uma ação do Estado para a sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriormente ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*. Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens; no sistema do *lasses-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo, eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade formal, mas não efetiva.¹

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 9.

Posteriormente, aumentou-se a esfera de atribuições do Estado, à medida que a sociedade tornou-se mais complexa.

Com as transformações ocorridas no século XX, a sociedade começou exigir do Estado uma ampliação das expectativas em relação ao sistema jurídico. Diante disso, reconheceu-se a importância do direito ao acesso à justiça entre os novos direitos individuais e sociais.

Nesse contexto, ainda para MAURO CAPPELLETTI,

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.² O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. (...) O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da ciência jurídica.³

² *ibid.*, 2002, p. 12.

³ *ibid.*, 2002, p. 13.

A doutrina atribui diferentes sentidos ao termo acesso à justiça, destacam-se dois dentre eles:

a) o sentido estrito no qual se atribui à palavra justiça o mesmo conteúdo e acepção que o da expressão Poder Judiciário. Nesse sentido, as expressões acesso à justiça e acesso ao Poder Judiciário têm a mesma significação, sendo o acesso à justiça satisfeito pela possibilidade de participação em um processo judicial, com oportunidade de obter, ao final, através de uma decisão judicial, a efetivação da justiça;

b) o sentido amplo, segundo o qual o significado justiça equivale à justiça social. Nele, o acesso à justiça se refere às condições de participação no processo político, econômico e social, compreendendo o acesso a certa ordem de valores e direitos fundamentais do ser humano.

O sentido estrito da expressão acesso à justiça está contido no sentido geral. O acesso à justiça determina duas finalidades básicas do sistema jurídico, quais sejam, o sistema deve ser igualmente acessível a todos, bem como, deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos. A justiça social pressupõe o acesso efetivo.

O acesso à justiça deve se dar no sentido amplo, de forma que não se esgote no acesso ao Poder Judiciário, entretanto, torna-se necessário admitir que não se pode afastar um do outro.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁴ afirmam que o acesso à justiça não é apenas admissão ao processo. Vai além, exigindo a possibilidade de ingresso de um maior

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 34.

número de pessoas na demanda, defendendo-se adequadamente (universalidade de jurisdição), garantindo-se a elas a observância das regras do devido processo legal, participando intensamente na formação do convencimento do juiz (princípio do contraditório), podendo exigir dele a efetividade de uma participação em diálogo, tudo com vista a uma solução justa.

2 A DIFERENÇA DE “ACESSO À JUSTIÇA” E “ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO”.

É importante destacar a diferença entre as expressões “acesso à justiça” (assistência jurídica) e “acesso ao Judiciário” (assistência judiciária), diferença essa, primordial, para que se compreenda a real missão constitucional da Defensoria Pública na busca pela concretização do acesso à justiça.

Para MARCACINI:

A palavra assistência tem o sentido de auxílio, ajuda. Assistir significa auxiliar, acompanhar, estar presente. Assistência nos traz a idéia de uma atividade que está sendo desempenhada, de uma prestação positiva. E, neste sentido, por assistência judiciária deve ser entendida a atividade de patrocínio da causa, em juízo, por profissional habilitado. A gratuidade processual é uma concessão do Estado, mediante a qual este deixa de exigir o recolhimento das custas e despesas, tanto as que lhe são devidas como as que constituem crédito de terceiros. A isenção de custas não pode ser incluída no conceito

de assistência, pois não há a prestação de um serviço, nem desempenho de qualquer atividade; trata-se de uma pessoa assumida pelo Estado.⁵

Com base nisso, conclui-se que assistência judiciária não se confunde com gratuidade processual, sendo ambas benefícios diferentes concedidos aos necessitados. A assistência judiciária encerra-se na assistência prestada em Juízo, ou seja, é a prestação de todos os serviços indispensáveis à defesa dos direitos em Juízo, sem pagamento de quaisquer despesas. Já a justiça gratuita, por seu modo, seria a isenção de todas as despesas processuais, como consequência da assistência judiciária.

Atualmente, acesso à justiça não se restringe ao direito de postular no Judiciário a tutela jurisdicional, acesso à justiça trata-se da garantia que o cidadão tem de que, no caso de violação de seus direitos, estes lhe sejam restituídos, de forma integral ou parcial, da maneira mais próxima daquela que ocorreria, caso não houvesse acontecido a violação.

Dessa forma, acesso à justiça não se confunde apenas com acessibilidade formal aos serviços judiciários, mas, de forma muito mais ampla, o acesso à justiça concerne no direito do cidadão exigir que o Estado lhe garanta, além do acesso ao Poder Judiciário, a plena realização da Justiça, com direito a ampla e efetiva defesa, posto que, uma defesa somente formal, como se sabe, pode ser mais nociva que a própria ausência de defesa.

3 A DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

⁵ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 33.

A assistência judiciária foi consagrada em todo o território nacional através do Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, que, regulando a Justiça no Distrito Federal, autorizava o Ministro da Justiça organizar uma comissão de patrocínio gratuito aos pobres no crime e no cível. Contudo, foi através do Decreto nº 2.457, de 08 de fevereiro de 1897, que se criou um serviço de assistência judiciária, o qual seria o paradigma para as leis estaduais que fossem futuramente expedidas.

Nesse decreto, a palavra pobre é definida como sendo toda pessoa impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades da própria manutenção ou da família. Foram previstos, ainda, a isenção das custas judiciais; a revogabilidade do benefício em qualquer fase da ação, por motivo justo; e o direito da parte adversa impugnar, mediante provas, a alegação de pobreza do favorecido.⁶

Entre os textos constitucionais, foi a Constituição de 1934, que pela primeira vez introduziu a expressão assistência judiciária, cujo artigo 113, inciso 32, aduzia:

A União e os Estados concederão aos necessitados, assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

⁶ ZANON, Artemio. **Assistência judiciária gratuita**: comentários à lei da assistência judiciária (Lei nº 1.060, de 5-2-1950). São Paulo: Saraiva, 1985. p. 5.

A Constituição de 1937 nada dispôs sobre a matéria, no entanto, com a Constituição de 1946, trouxe de volta ao plano constitucional a matéria sobre a assistência judiciária, trazendo no artigo 141, parágrafo 35, o seguinte: “O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.”

Através da Lei nº 1.060/50, estabeleceu-se as normas para a concessão judiciária aos necessitados. Definiu-se como necessitado “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogados, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (art. 2º, parágrafo único). Entre os objetivos dessa lei, está o de estabelecer a responsabilidade da assistência judiciária ao Estado e à União (art. 1º, *caput*). No seu artigo 3º, enumera as isenções compreendidas pela assistência judiciária, sendo, na essência, equivalente a do artigo 68, *caput*, do CPC de 1939, apresentando como diferença apenas a isenção relativa à indenização das testemunhas, estabelecendo que, quando empregado, receberá do empregador salário integral, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal ou contra o poder público estadual. E, ainda, no artigo 2º, *caput*, abandonou a exigência dos estrangeiros terem filho brasileiro, satisfazendo-se com a residência no Brasil para que pudessem gozar do benefício da lei em questão.

No *caput* do artigo 4º, a Lei nº 1.060/50, impôs à parte requerente do benefício da assistência judiciária a apresentação de declaração de rendimento ou vencimento que percebesse, e dos encargos próprios e da família. Reclamou, também, a prova da necessidade, através de atestado expedido pela autoridade policial, ou pelo prefeito municipal (art. 4º, § 1º), ou ainda, a possibilidade nas capitais dos Estados e no Distrito Federal, do atestado de

competência do prefeito ser expedido “por autoridade expressamente designada pelo mesmo” (art. 4º, § 2º).

Quanto à indicação do advogado que patrocinará a causa do necessitado, a Lei nº 1.060/50 prevê que o juiz determinará que a proceda “o serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, onde houver” (art. 5º, § 1º), ou, na sua falta, a “Ordem dos Advogados do Brasil, por suas seções estaduais, ou subseções municipais” (art. 5º, § 2º). Nos municípios em que não haja subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, competirá ao próprio juiz nomear o advogado (art. 5º, § 3º). Vale ressaltar, que sempre “será preferido para a defesa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo” (art. 5º, § 4º).

A Constituição de 1967, no seu artigo 150, parágrafo 32, manteve a instituição da assistência judiciária. Também a Emenda nº 1/69, não trouxe novidade sobre a matéria, adotando no seu artigo 153, parágrafo 32, a seguinte redação: “Será concedida assistência aos necessitados, na forma da lei.”

A Lei nº 1.060/50, que permanece até hoje em vigor, sofreu diversas alterações no seu texto original. Dentre as mudanças destaca-se a que diz respeito à verificação do pressuposto da necessidade⁷, como exposto a seguir.

A Lei nº 6.654/79 dispensou a apresentação de atestado para quem exibisse carteira de trabalho, à vista da qual o juiz pudesse apurar a carência, acrescentando o parágrafo 3º ao artigo 4º da Lei nº 1.060/50. Por sua vez, a Lei nº 6.707/79, especificou que o requisito estaria satisfeito

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo.** Revista de Processo, São Paulo, nº 67, p. 124-137, jul. /set. 1992. p. 126.

sempre que, nos termos do contrato, o requerente percebesse salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal. Já segundo o *caput* do artigo 1º da Lei nº 7.115/83, bastava que a parte firmasse declaração de pobreza e de residência, não necessitando da obtenção dos respectivos atestados para que fosse deferida a pretensão.⁸

Com a Lei nº 7.510/86, modificou-se a redação do artigo 4º da Lei nº 1.060/50, estabelecendo que a pura e simples declaração do interessado, de não estar em condições de custear o feito sem prejuízo próprio ou da sua família, geraria em seu favor a presunção relativa de necessidade. Essa, entretanto, cessa se verificada, mediante prova em contrário produzida pela parte diversa ou em virtude de apuração *ex officio* pelo juiz, a existência de meios suficientes para custear o feito.⁹

A Constituição Federal de 1988, trouxe, por sua vez, significativa evolução no tocante à matéria, ampliando o campo de atuação da assistência gratuita que deixou de limitar-se ao atributo judiciário, passando compreender tudo que seja jurídico, ressaltando-se, ainda, o acréscimo do termo integral ao adjetivo qualificador da assistência, conforme redação do inciso LXXIV, do artigo 5º, que dispõe que: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

A Lei Complementar nº 80/94, é a lei orgânica nacional que organiza as Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Territórios, bem como estabelece normas gerais quando da organização das Defensorias Públicas nos Estados, cumprindo o disposto no parágrafo único do artigo

⁸ *ibid.*, 1992, p. 127.

⁹ *ibid.*, 1992, p. 127.

134, da atual Constituição Federal. Essa mesma lei cuida do funcionamento, atribuições e competência dos órgãos das Defensorias Públicas, e também do regime jurídico de seus membros.

No artigo 4º, da LC nº 80/94, estão enumeradas as funções institucionais da Defensoria Pública, num rol exemplificativo, possibilitando, desta maneira, que outras funções sejam atribuídas a ela.

Importante salientar, a inovação da Lei nº 11.448/07, que alterou a redação do art. 5º da Lei nº 7.343/85 (Lei da ação civil pública), incluindo a Defensoria Pública no rol dos legitimados para propor a ação civil pública.

4 O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

No Brasil, país no qual a erradicação da pobreza e da marginalização constitui seus objetivos fundamentais, a Defensoria Pública reveste-se de sensível importância enquanto meio de defesa em todos os graus e instâncias, judicial e extrajudicial, dos direitos e interesses individuais, e por vezes coletivos, dos economicamente necessitados. Isto porque, é a Defensoria Pública a instituição adequada para contribuir para que a questão da defesa do mais humilde, nos processos em geral, “seja equivalente ao do cidadão que dispõe de recursos para, regularmente, constituir e contratar advogado particular de sua escolha e confiança; procurando desta forma, tornar efetivo, real, o acesso do carente à Justiça”.¹⁰

Abordando essa temática, PAULO GALLIEZ, observa:

¹⁰ FERENCZY, Peter Andréas. Defensoria pública: obrigação constitucional e necessidade social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 681, p. 433-434. p. 434.

O acesso à justiça pelos excluídos, só é possível pelo aprimoramento de instituições essenciais, como a Defensoria Pública, a qual, apesar de inscrita em capítulo específico da Constituição Federal de 1988 e regulamentada pela Lei Complementar Federal nº 80/94, diversos estados ainda não a implantaram (...). A Justiça federal e a Justiça do trabalho igualmente carecem de sua participação.¹¹

Nesse sentido, DALMO DE ABREU DALLARI adverte que:

Não existe qualquer obstáculo à implantação delas e à melhoria das já existentes, faltando apenas reconhecê-las como serviços essenciais, indispensáveis para a democracia e a justiça social, e colocá-las entre as prioridades do governo.¹²

A Constituição Federal de 1988, surgiu como produto final de um longo processo de retorno da democracia em nosso País. Esse momento marcou profundamente nossa história, devido às grandes expectativas surgidas na mente

¹¹ GALLIEZ, Paulo César Ribeiro. **A defensoria pública, o estado e a cidadania**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 60.

¹² AMARAL, Luciana, FIUZA, Tatiana. **As defensorias públicas brasileiras** – desafios e perspectivas. Revista Consulex, São Paulo, nº 44, p. 52-58. ago. 2000, p. 56.

do coletivo do povo brasileiro, principalmente quanto ao respeito aos direitos humanos.

Nesse contexto, os membros da Assembléia Nacional Constituinte procuraram evitar que as conquistas adquiridas ficassem somente no papel. Portanto, vários foram os meios criados com o intuito de que tais conquistas fossem efetivadas. Nesse novo horizonte institucional, foi concedido um papel de destaque ao Poder Judiciário. O objetivo explícito do constituinte de 1988, era o de assegurar efetividade ao acesso à justiça, porém, para que tal efetividade fosse concretizada, era preciso a criação de meios adequados para que os distintos interesses, juridicamente relevantes, fossem levados à instância judicial.

Com essa finalidade, firmou-se na Constituição Federal a função institucional dos membros do Ministério Público como *custos legis* e representantes da sociedade, intensificando-se suas garantias e prerrogativas, com o escopo de viabilizar sua respectiva missão de defesa dos interesses indisponíveis, sociais e individuais.

De outro lado, os interesses relativos à Administração Pública, também foram protegidos e passados ao encargo da Advocacia Geral da União e das Procuradorias Gerais dos Estados e dos Municípios.

A advocacia privada ganhou destaque constitucional, dotada de garantias de independência imprescindíveis à realização de seus objetivos.

O constituinte, percebendo que essas três instituições acima não eram suficientes para assegurar o acesso real de todos os cidadãos à justiça, sobretudo o hipossuficiente, resolveu instituir a Defensoria Pública como órgão próprio detentor de condições necessárias para suprir a demanda de assistência jurídica integral em favor da grande parcela da população nacional que se encontrava à margem do

sistema judiciário.

Nesse diapasão é o entendimento de MARIA TEREZA SADEK:

Não se adentram as portas do Judiciário sem o cumprimento de ritos e a obediência a procedimentos. Entre estes está a necessidade de defesa por profissionais especializados – os advogados. Ora, o acesso aos advogados, por sua vez, depende de recursos que na maior parte das vezes os mais carentes não possuem. Assim, para que a desigualdade social não produza efeitos desastrosos sobre a titularidade de direitos, foi concebido um serviço de assistência jurídica gratuita – a Defensoria Pública.¹³

Inquestionável, portanto, é o fato de que uma das importantes inovações da Constituição Federal de 1988, foi trazida pelo seu art. 134, o qual normatiza a criação da Defensoria Pública como órgão estatal incumbido de gerar condições de igualdade, orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados, estando prevista sua organização em todo o território nacional.

Para a efetivação do direito fundamental do acesso à justiça faz-se imprescindível a atuação das Defensorias Públicas, principalmente, se compreendermos que este acesso não significa somente a possibilidade de ajuizar demandas perante o Poder Judiciário, mas que envolve

¹³ SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p.9.

também o conhecimento dos direitos, a forma de exercê-los e a disponibilidade de formas alternativas de solução de litígios.

Importante trazer à tona as palavras de MÁRCIO THOMAZ BASTOS:

As instituições sólidas são os instrumentos que as democracias têm para se realizar enquanto tais. E as democracias, para abandonarem o rótulo de democracias formais, se tornando verdadeiras democracias de massas, devem construir instituições que consigam garantir a todos, sem discriminações, os direitos previstos nas constituições democraticamente escritas.¹⁴

Como defende LEOPOLDO PORTELA JÚNIOR:

Não mais podemos nos preocupar só com o Estado Julgador e com o Estado Acusador, em detrimento do Estado Defensor. E essa obrigação é dos governantes estaduais, a quem compete a iniciativa. Os instrumentos normativos estão à disposição. As Emendas nºs. 41 e 45 deram o merecido tratamento constitucional à Defensoria Pública e aos seus membros. Portanto, basta efetivá-las, assegurando o subsídio aos defensores, bem como a dotação orçamentária necessária para

¹⁴ BASTOS, Márcio Thomaz. ESTUDO DIAGNÓSTICO – **A Defensoria Pública no Brasil**, Ministério da Justiça e PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2006, p 8.

garantir a estruturação da Instituição e a efetivação do serviço público obrigatório e essencial, conferido pela Carta Magna.¹⁵

Considerando as informações expostas, entendemos ser indiscutível o relevante papel da Defensoria Pública para a garantia efetiva do acesso à justiça, uma vez que, sem uma instituição nesses moldes, todo e qualquer preceito de igualdade não passaria de letra morta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça é um direito fundamental, sem o qual os demais direitos não possuem garantia de efetividade. Essa garantia depende, em parte, da existência do direito de ação e do processo como instrumento de acesso e mediação para o exercício da atividade jurisdicional do Estado, que por sua vez, possui como uma de suas funções específicas à realização da justiça social, intervindo, assim, nas relações econômicas, sociais e políticas. Logo, em que pese o Judiciário não ser o responsável exclusivo pela realização da justiça social, o acesso ao mesmo é um componente fundamental do acesso à justiça, entendendo-se tal como acesso à ordem jurídica justa, na qual se compreendem valores e direitos fundamentais do ser humano.

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a orientação jurídica e o patrocínio da defesa dos necessitados, garantindo, dessa

¹⁵ PORTELA JÚNIOR, Leopoldo. ESTUDO DIAGNÓSTICO – A Defensoria Pública no Brasil, Ministério da Justiça e PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2006, p 11.

forma, a prestação pelo Estado da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, consagrando a igualdade substancial de acesso à informação jurídica e por vez ao acesso à justiça. É a assistência jurídica integral e gratuita que garante o acesso igualitário ao direito, conferindo a todos amplo acesso ao exercício de direitos garantidos pelo ordenamento jurídico, os quais não ficam obstados pela insuficiência socioeconômica.

Assim, a valorização da Defensoria Pública reflete diretamente na valorização do povo brasileiro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Luciana, FIUZA, Tatiana. As defensorias públicas brasileiras – desafios e perspectivas. **Revista Consulex**, São Paulo, nº 44, 2000.

BASTOS, Márcio Thomaz. ESTUDO DIAGNÓSTICO – A Defensoria Pública no Brasil, Ministério da Justiça e PNUD – **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERENCZY, Peter Andréas. **Defensoria pública**: obrigação constitucional e necessidade social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 681.

GALLIEZ, Paulo César Ribeiro. **A defensoria pública, o estado e a cidadania**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 67, p. 124-137, jul. /set. 1992.

PORTELA JÚNIOR, Leopoldo. ESTUDO DIAGNÓSTICO – A Defensoria Pública no Brasil, Ministério da Justiça e PNUD – **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**, 2006.

SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

ZANON, Artemio. **Assistência judiciária gratuita**: comentários à lei da assistência judiciária (Lei nº 1.060, de 5-2-1950). São Paulo: Saraiva, 1985.

O SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E SUA REPERCUSSÃO NO CONCEITO FISCAL DE FATURAMENTO

Renato Belo Vianna Velloso

Juiz de Direito do Estado do Ceará

Ex-Procurador da Fazenda Nacional

Pós-Graduado em Gestão Pública – Fundação

Getúlio Vargas (FGV-RJ)

Pós-Graduando em Direito do Estado – Universidade

Católica de Brasília

SUMÁRIO:

1) SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL. 2) FATURAMENTO. 3) CONCLUSÃO. 4) BIBLIOGRAFIA.

RESUMO:

O Sistema Tributário Nacional é caracterizado como rígido e, de certo modo, racional, todavia, a estabilidade que se esperaria de um sistema delineado com tais predicados não se concretizou. Esse aspecto repercute em diversos institutos da seara fiscal, como no conceito de faturamento, fundamental para a apuração da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Imprecisão da conceituação legal de faturamento por considerar a receita bruta como tal para efeitos fiscais, quando, na verdade, esta engloba aquele.

FORTALEZA-CE

FEV-2009

1) SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

O Estado necessita de recursos financeiros para

desempenhar suas funções essenciais. Nesse sentido, vale-se do ingresso de receitas nos seus cofres para arcar com suas despesas públicas. A rigor, as receitas podem ser originárias ou derivadas, sendo as primeiras provenientes da aplicação do patrimônio do ente estatal, como aluguéis e juros. Já as derivadas são obtidas através da intervenção do Estado no patrimônio de terceiros, por meio da incidência de tributos.

Assim, diante do poder do Estado em arrecadar recursos diretamente do patrimônio do contribuinte/cidadão, as cartas constitucionais passaram a delinear os contornos do sistema tributário, de modo a limitar eventuais abusos praticados pela máquina arrecadadora.

Historicamente, o que seria uma forma de contemplar nas Constituições arcabouços da tributação a ser exigida pelo Estado, passou a angariar um crescente número de normas, chegando a instituir um Sistema Tributário Constitucional.

A Constituição Brasileira de 1988 traz em seu bojo um detalhado Sistema Tributário, o qual estipula as competências tributárias, limitações ao poder de tributar, repartição de receitas, além de esmiuçar hipóteses de imunidade e não-incidência, como se vê no caso do ICMS. Nesse sentido, ensina José Afonso da Silva:

“O sistema brasileiro evoluiu para uma discriminação rígida e exaustiva, como vimos. Combina a outorga de competência tributária exclusiva, por fonte, designando expressamente os tributos de cada esfera governamental (...), com o sistema de participação no produto da receita tributária

de entidade de nível superior”.¹

Considerando que o conceito de sistema define-o como um “conjunto harmônico de partes interligadas e interdependentes, com sentido de continuidade”², o Sistema Tributário Nacional contempla o poder de tributar, ao reger as competências tributárias, bem como restringindo-o, ao impor limitações a tal poder.

Somente em 1965, por meio da Emenda Constitucional nº 18, o sistema tributário brasileiro alçou o nível constitucional. A partir de então, foi repetido e ampliado nas demais Constituições³.

Na Constituição de 1988, o Sistema Tributário foi fixado de modo detalhado, em especial diante da rigidez que se espera das normas constitucionais, garantindo maior estabilidade na seara tributária, permitindo ao Estado planejar melhor sua arrecadação e ao contribuinte conhecer a incidência tributária que suportará, bem como as garantias que lhe assistem.

“(…), extrai-se do direito positivo o subsistema jurídico tributário, que corresponde ao complexo das regras

¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pg. 702.

² MARTINS, Alan; SCARDOELLI, Dimas Yamada. O sistema tributário nacional e a regulamentação da relação fisco-contribuinte. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 3, set 2008. 1 DVD.

³ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. A contribuição assistencial. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 3, set 2008. 1 DVD.

jurídicas em vigor no Brasil em matéria de tributação. Este, de seu turno, é unificado e norteado pelo conjunto de regras e princípios superiores veiculados pelo denominado sistema constitucional tributário. Dito isso, ressalte-se que, em direito tributário, o Constituinte foi exaustivo, tendo estabelecido um sistema rígido de competências, através do qual fixou os contornos e diretrizes da tributação, vinculando inteiramente a atuação do legislador.

Tendo isso em mente, Marcelo Viana Salomão, acompanhando Roque Antonio Carrazza e Paulo de Barros Carvalho, alerta que o direito tributário brasileiro é essencialmente constitucional, não admitindo inovações ou modificações pelas instâncias legislativas inferiores. Com efeito, o Constituinte adotou a técnica de prescrever, de modo exaustivo, as molduras dentro das quais as Pessoas Políticas podem exercer a tributação. Edificou a Constituição, portanto, um sistema rígido de competências tributárias.

Essa também é a posição de Humberto Bergmann Ávila: “A referida rigidez decorre também da repartição de competências para a instituição de cada tributo. O Sistema Tributário Nacional determina, no art. 153 e seguintes, quais tributos podem ser instituídos pela União, Estados e pelos Municípios”. Mais adiante, conclui o

seguinte: “O Sistema Tributário Nacional, do artigo 145 ao artigo 162, estabelece regras que delimitam constitucionalmente o poder que cada ente político possui, não deixando, como sói acontecer em outros sistemas jurídicos, liberdade ao legislador para alterar os fatos que podem ou que não podem ser objeto de tributação”.⁴

De se esperar que com as bases constitucionais do Sistema Tributário Brasileiro, este fosse caracterizado pela estabilidade e perenidade, todavia, não é o que se percebe, frente às numerosas emendas constitucionais que alteraram dispositivos da Constituição que regravam matérias tributárias.

Cabe atentar que esse excesso de mudanças constitucionais marca nossa Carta de 1988, não se restringindo às questões tributárias, e sim alcançando os mais variados capítulos do ordenamento constitucional.

Desse modo, as diversas emendas constitucionais que afetaram dispositivos do Sistema Tributário Constitucional alteraram aspectos relevantes e fundamentais do dito sistema, motivadas pelo anseio da sociedade por uma reforma tributária que reduzisse a carga tributária, todavia, as alterações buscaram, na verdade, em sua maioria, aumentar a base da arrecadação.

Tal constatação não afasta a característica rígida do nosso Sistema Tributário Constitucional. A configuração do

⁴ HOHMANN, Luiz Henrique Guimarães. Características das competências tributárias no ordenamento jurídico brasileiro. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 3, set 2008. 1 DVD.

sistema tributário varia conforme a política de finanças da nação. Acerca da formatação do sistema tributário, ensina Hugo de Brito Machado⁵ :

“Não obstante significasse, originariamente, reunião ou conjunto, a palavra sistema modernamente significa o conjunto organizado de partes relacionadas entre si e interdependentes. (...).

Os sistemas tributários podem ser: rígidos e flexíveis; e racionais e históricos. Rígidos são os sistemas nos quais o legislador ordinário de quase nenhuma opção dispõe, visto como a Constituição estabelece o disciplinamento completo, traçando todas as normas essenciais do sistema.

Flexíveis são aqueles sistemas nos quais o legislador ordinário goza de faculdades amplas, podendo inclusive alterar a própria discriminação de rendas.

Racionais são os sistemas elaborados à luz dos princípios ditados pela Ciência das Finanças e tendo em vista determinados objetos políticos.

Históricos são aqueles resultantes da instituição de tributos sem prévio planejamento. Os tributos são instituídos de

⁵ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pg. 291-292.

forma casuística, sem qualquer preocupação com o todo. A rigor, não devem ser considerados sistemas, posto que a este conceito não correspondem.”

Nesse sentido, o Sistema Tributário Nacional consubstanciado pela CRFB/88 é rígido ou fechado, pois as normas constitucionais traçam de modo preciso o poder de tributar, fixando, principalmente os impostos, deixando uma margem diminuta para o legislador infraconstitucional atuar. Além disso, esse poder de tributar é restringido pelas limitações contempladas na própria Carta Magna.

Wilson Alves Polônio assim qualifica o Sistema Tributário Nacional:

“(...)princípios que limitam o poder de tributar, os quais fecham, em certa medida, o sistema tributário brasileiro, distinguindo-o dos sistemas abertos de alguns países da Europa, notadamente a Alemanha, França, Inglaterra, entre outros. (...). O rigor com que os princípios constitucionais limitam o poder de tributar e protegem os contribuintes nas suas relações com os Poderes Tributantes, faz do nosso ordenamento jurídico tributário um sistema fechado, em obséquio à segurança jurídica e a certeza do direito, (...).

(...) é lícito inferir que o nosso regime jurídico de imposição tributária, estruturado

substancialmente pelos princípios da reserva legal e da tipicidade cerrada, caracteriza-se como regime fechado, diferentemente de alguns países da Europa e Estados Unidos. Na Inglaterra, por exemplo, um simples comando “no taxation without representation” é suficiente para revestir de legitimidade a imposição tributária (cfr. G.U.Canto). Também na Alemanha o sistema é aberto, permitindo à administração tributária daquele País, maior flexibilidade no enquadramento legal de imposição tributária, (...).⁶

Portanto, ao contrário de alguns países europeus, onde o sistema tributário é aberto, pois confere ao legislador infraconstitucional e à própria Administração Tributária o poder de criar tributos e regular as hipóteses de incidência, não se verifica no Brasil esse modelo, pois a Constituição Brasileira, além de fixar os impostos que competem a cada ente federado, dispõe limites ao exercício do poder de tributar, o que qualifica o nosso Sistema Tributário como fechado.

“Veja-se que qualquer inobservância às limitações constitucionais implicará na inconstitucionalidade da norma,

⁶ POLÔNIO, Wilson Alves. Planejamento Tributário - O limite da Liberdade do Contribuinte. Fiscosoft. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/base/137468/planejamento_tributario_-_o_limite_da_liberdade_do_contribuinte_-_wilson_alves_polonio.html>. Acesso em: 15.11.2008.

principalmente porque o sistema tributário brasileiro, tal como exposto, é fechado, isto é, se caracteriza por sua base profundamente sólida do ponto de vista jurídico.”⁷

Não se pode inferir que o fato do Texto Constitucional conferir à União o poder de criar impostos não previstos na Constituição (art. 154, II, CRFB/88) permitiria a caracterização do Sistema Tributário Nacional como aberto, pois o próprio dispositivo impõe limites ao exercício dessa competência tributária residual.

A indicação exaustiva na Constituição dos tributos que delineiam o Sistema Tributário Brasileiro, aliada às limitações constitucionais ao poder de tributar permite a consolidação de diversas garantias aos contribuintes, consagrando os princípios do Estado Democrático de Direito. Portanto, o Sistema Tributário Nacional é fechado, pois declina todos os tributos que podem ser instituídos pelos entes federados, além de estipular limitações ao poder de tributar.

2) FATURAMENTO

A caracterização do Sistema Tributário Constitucional como fechado não se mostra suficiente para afastar determinados problemas tormentosos acerca de definições inseridas no texto constitucional e que exigem do aplicador do Direito esforço para delinear seu alcance e aplicação.

Exemplo disso é o conceito de faturamento, pois, embora a Constituição contemple o faturamento como base de cálculo de contribuição social (art. 195, I, b, CRFB/88), não há uma definição acerca do que deve ser considerado

para efeito de faturamento no texto constitucional.

Assim, coube ao legislador infraconstitucional fixar o conceito de faturamento para efeito de incidência tributária. Nesse sentido, o art. 2º da Lei Complementar nº 70/91 regrou a matéria da seguinte forma:

“Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

- a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;
- b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.”

A contribuição a que se refere o dispositivo é aquela instituída no art. 195, I, CRFB/88 e, segundo o regramento infraconstitucional supracitado, o faturamento consiste na receita bruta de vendas de mercadorias e/ou serviços, excluído o valor do IPI destacado em separado na nota fiscal, bem como as vendas canceladas ou devolvidas e os descontos incondicionais.

Não havia discussão acerca da matéria até o advento da Lei nº 9.718/98, que alterou a discriminação de faturamento, passando a considerá-lo como a totalidade das

receitas, não apenas as provenientes de vendas de mercadorias e serviços, implicando a ampliação da base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), pois equiparou o faturamento à receita bruta auferida.

Todavia, logo após a nova lei, o legislador constituinte derivado editou a Emenda Constitucional nº 20/98 modificando o art. 195 da Carta Magna e incluindo como base de cálculo da COFINS a receita, além do faturamento, reforçando o entendimento de que se tratam de institutos distintos.

A doutrina debateu sobre o tema, posicionando-se majoritariamente quanto à distinção dos conceitos de faturamento e receita, manifestando a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 e a impossibilidade da norma ser convalidada por posterior emenda constitucional que passou a inserir na base de cálculo do tributo, critério anteriormente fixado na lei, distinto do previsto na Constituição.

Nesse aspecto, cabe atentar que o conceito de faturamento fixado na Lei Complementar nº 70/91 foi objeto, no STF, de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC nº 1), tendo aquela Corte fixado o entendimento de que o faturamento, para efeitos fiscais, consistiria na receita proveniente das vendas de mercadorias e serviços, portanto, embora a Lei Complementar tenha se referido à receita bruta, restringira à venda de mercadorias e serviços, por conseguinte, não extrapolou a dimensão da base econômica conferida pela antiga redação do art. 195 da CRFB/88.

Cabe destacar, neste ponto, a lição de Ives Gandra da Silva Martins:

“O constituinte previu, no art. 195, I da CF - na redação original -, a possibilidade de o

legislador federal instituir contribuição social sobre o faturamento. Essa previsão não outorga ao legislador ordinário qualquer margem de liberdade para alcançar outras receitas por meio dessa exação que não aquelas que se revestem da natureza de faturamento. Trata-se de uma norma densa e não de uma norma aberta, cuja concretização caberia ao legislador infraconstitucional. (...). A razão de ser desse entendimento jurisprudencial é que o art. 195 (incisos I, II e III da CF) é norma constitucional densa, que não deixa ao legislador ordinário margem de discricionariedade para eleger a base de cálculo, o contribuinte e o fato gerador dessas contribuições. (...).

Ainda que se pudesse classificar o art. 195, I da CF como norma constitucional aberta, não seria deferido ao legislador ordinário, a pretexto de densificar esse dispositivo constitucional, pretender alcançar, a título de tributar o faturamento, receitas que não se inserem nessa realidade contábil/financeira, sob pena de restarem feridos os princípios da segurança jurídica, supremacia e rigidez constitucional. (...).

A conclusão de que o termo “faturamento” adotado pelo constituinte pode ser interpretado de maneira extensiva para nele inserir a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua classificação contábil - como o fez a

Lei 9.718/98 -, acarreta inversão da hierarquia normativa, em detrimento da rigidez constitucional e lesão irreparável ao princípio da segurança jurídica, corolário do Estado de Direito. (...). A edição da EC 20/98 tem o significado inequívoco de que, faturamento e receitas não se confundem, e de que, até então, não era permitida a instituição de contribuição social tendo como fato gerador as receitas.”⁸

Inobstante todo o debate sobre o conceito de faturamento, o melhor parâmetro para o legislador infraconstitucional seria aquele derivado dos preceitos da Contabilidade, ciência voltada para a aferição e o controle dos movimentos contábeis das empresas. O Vocabulário Jurídico não traz um conceito de faturamento, mas qualifica o ato de faturar como “*o ato de se proceder à extração ou formação da fatura, a que se diz propriamente faturamento*”⁹.

A respeito da fatura, cabe atentar para o disposto na

⁷ ELALI, André. Fiscalização tributária: direitos e deveres do contribuinte. Disponível em: <http://www.direitoempresarial.com.br/modules/artigos_rss/imprime_um_artigo.php?cod_artigo=3>. Acesso em: 15.11.2008.

⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de; PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. Base de cálculo do PIS e da COFINS - distinção entre receita e faturamento. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 3, set 2008. 1 DVD.

⁹ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho R Gláucia Carvalho. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pg. 603.

Lei nº 5.474/68, que disciplina a emissão de faturas por ocasião da venda de mercadorias ou prestação de serviços. A norma em comento deixa claro que as faturas instrumentalizam as vendas da empresa.

Desse modo, o faturamento corresponde às receitas oriundas das atividades fins de cada empresa, ou seja, as receitas operacionais, estas entendidas como as auferidas com o desenvolvimento das finalidades da respectiva entidade mercantil. Assim, o faturamento de uma indústria, v. g., corresponderia à receita obtida com as vendas dos produtos inerentes à conclusão do ciclo produtivo industrial, logo, receitas financeiras (juros, rendimentos, investimentos) e aquelas auferidas com a venda de equipamentos em desuso ou depreciados, por exemplo, não comporiam o faturamento da citada empresa.

O STF e vários Tribunais pátrios consideraram que o conceito de faturamento difere da totalidade das receitas de uma empresa, como se pode observar nos julgados a seguir:

TRIBUTÁRIO - PIS - COFINS - LEI 9.718/98 - RECURSO ESPECIAL: FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL - ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE FATURAMENTO - VIOLAÇÃO DO ART. 110 DO CTN. 1. Acórdão impugnado que se fundamentou na legislação infraconstitucional e na Constituição. 2. A Lei 9.718/98, buscando tributar outras receitas além daquelas representativas da atividade operacional da empresa, criou novo conceito para o termo 'faturamento'

afrontando, assim o art. 110 do CTN. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido. (STJ, 2ª T., maioria, REsp 501.628/SC, rel. Min. Eliana Calmon, fev./2004).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS REALIZADA PELO ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/98. ART. 110 DO CTN. ALTERAÇÃO DA DEFINIÇÃO DE DIREITO PRIVADO. EQUIPARAÇÃO DOS CONCEITOS DE FATURAMENTO E RECEITA BRUTA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO PRETÓRIO EXCELSO. PRINCÍPIO DA UTILIDADE PROCESSUAL. RESERVA DE PLENÁRIO. INAPLICABILIDADE. (...). 2. A Lei nº 9.718/98, ao ampliar a base de cálculo do PIS e da COFINS e criar novo conceito para o termo “faturamento”, para fins de incidência da COFINS, com o objetivo de abranger todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica, invadiu a esfera da definição do direito privado, violando frontalmente o art. 110 do CTN. 3. A jurisprudência do STJ e do colendo STF seguem a linha de que faturamento equivale à receita bruta, resultado da venda de bens e serviços pela empresa. A base de cálculo da contribuição, exigida nos termos da LC

nº 70/91 e delimitada pelo Direito Privado, não pode ser alterada por legislação ordinária (Lei nº 9.718/98), em razão do princípio da hierarquia das leis. Vastidão de precedentes desta Corte. 4. Com relação à Lei nº 9.718/98, o pretório excelso, ao julgar os RREE nºs 346084/PR, 357950/RS, 358273/RS e 390840/MG, assentou que a noção de faturamento inscrita no art. 195, I, da CF/1988 (na redação anterior à EC nº 20/98) não autoriza a incidência tributária sobre a totalidade das receitas auferidas pelos contribuintes, não sendo possível a convalidação posterior de tal imposição, ainda que por força da promulgação da EC nº 20/98. Decidiu-se, naquela ocasião: a) declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 (base de cálculo do PIS e da COFINS), para impedir a incidência do tributo sobre as receitas até então não compreendidas no conceito de faturamento da LC nº 70/91; b) ser desnecessária, no caso específico, lei complementar para a majoração da alíquota da COFINS, cuja instituição se dera com base no art. 195, I, da Carta Magna. 5. Nesta esteira: REsps nºs 649115/DF, 650193/AM, 668478/SP, 674466/PE, 685204/MG, 687955/SP, 692983/SP, 693731/SP, 695341/SP, 695745/SP, 702820/SC, 709939/SP, 711551/SP, 718848/SP, 719349/SP, 719938/SP, 721084/SP, 721830/SP, 723392/SP,

724940/SP, 726994/SP, 727841/SP, 728943/SP, 733446/SP, 737459/SP, 739874/SP, 740374/SP, 741073/SP, 741110/SP, 743350/SP, 746448/SP, 747135/SP, 748037/SP, 749964/SP, 750786/SP, 750933/SP, 751057/SP, 751734/MG, 755300/SP, 791717/SP, todos julgados pela 1ª Turma em 04.04.2006, Rel. Mina. Denise Arruda. (...). (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 954490/SP (2007/0223158-0), 1ª Turma do STJ, Rel. José Delgado. j. 25.03.2008, unânime, DJ 24.04.2008).

Todavia, com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, que agregou a receita à hipótese de base de cálculo da COFINS, juntamente com o faturamento, o legislador infraconstitucional veio a regular a incidência da contribuição supramencionada equiparando, indevidamente, o faturamento à totalidade da receita, conforme se verifica nas Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003.

LEI Nº 10.637 DE 30.12.2002 - DOU 31.12.2002

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas

operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

LEI Nº 10.833 DE 29.12.2003 - DOU 30.12.2003

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

É certo que laborou em equívoco o legislador infraconstitucional ao conceituar o faturamento como a receita total auferida pela empresa, contudo, diante da modificação efetuada pela EC nº 20/98, não restaram inconstitucionais tais normas, já que a receita pode ser erigida como base de cálculo da COFINS. A jurisprudência pátria já se pronunciou nesse sentido:

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - COFINS - BASE DE CÁLCULO - CONCEITO AMPLO DE FATURAMENTO (ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98): INCONSTITUCIONALIDADE (STF) -

BASE DE CÁLCULO CORRETA: PIS (ART. 3º DA LEI Nº 9.715/98) E COFINS (ART. 2º DA LC Nº 70/91) - LEI Nº 10.637/2002 (PIS) E Nº 10.833/2003 (COFINS): CONSTITUCIONAIS - DECADÊNCIA - TAXA SELIC - VERBA HONORÁRIA. (...).

4. A legislação superveniente à EC nº 20/98, que, conceituando faturamento como sendo o “total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil”, o adotou como base de cálculo do PIS (art. 1º da Lei nº 10.637, de 30.12.2002) e da COFINS (art. 1º da Lei nº 10.833, de 29 dezembro 2003), não padece de inconstitucionalidade, haja vista sua plena compatibilidade com a nova redação do art. 195, I, “b”, da CF/88 (imprimida pela EC nº 20/98). (...). (Apelação Cível nº 2005.34.00.023590-0/DF, 7ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Luciano Tolentino Amaral, Rel. Convocado Rafael Paulo Soares Pinto, j. 25.03.2008, unânime, e-DJF1 11.04.2008, p. 304).

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. PIS E COFINS. PREPARO E TAXA DE REMESSA E RETORNO. RECOLHIMENTO. JULGAMENTO ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. BASES DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. LEIS 10.637/02

E 10.833/03. EC Nº 20/98. FUNDAMENTO DE VALIDADE AO ART. 195, I, B, CF. COMPENSAÇÃO. TAXA SELIC. (...). 6. As Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, posteriores à Emenda Constitucional nº 20/98, que modificou o art. 195, I, b, da Constituição Federal, para incluir a receita, juntamente com o faturamento, como possíveis bases de cálculo das contribuições à Seguridade Social, não sofrem qualquer irregularidade do ponto de vista formal ou material. 7. A partir de 1º de dezembro de 2002, o PIS e, a partir de 1º de fevereiro de 2004, a COFINS passaram, validamente, a incidir sobre o faturamento mensal das pessoas jurídicas, assim entendido o total das receitas auferidas, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. (...). (Apelação em Mandado de Segurança nº 293430/SP (2006.61.02.005986-6), 6ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Consuelo Yoshida. j. 19.06.2008, unânime, DJF3 28.07.2008).

Logo, diante da inclusão da receita como base de cálculo da COFINS operada pela EC nº 20/98 pode-se concluir que, efetivamente, faturamento é conceito distinto de receita bruta, onde esta engloba aquele.

Por outro lado, as limitações ao legislador infraconstitucional para a conceituação de faturamento como base de cálculo restaram enfraquecidas com a inclusão da receita como base impositiva.

Diante do exposto, conclui-se que a Constituição

Federal não traz o conceito de faturamento, o qual é encontrado na legislação infraconstitucional e não pode destoar do critério econômico-contábil, segundo o qual, o faturamento corresponde às receitas operacionais auferidas pela empresa. Nesse sentido, o legislador infraconstitucional não poderia, a despeito de regular a incidência tributária, estipular base de cálculo de tributo que constitucionalmente incidiria sobre o faturamento consagrando receitas diferentes daquelas que o integrassem.

3) CONCLUSÃO

Conclui-se que o Sistema Tributário Nacional é caracterizado como rígido e, de certo modo, racional, todavia, a estabilidade que se esperaria de um sistema delineado com tais predicados não se apresenta na prática, diante das sucessivas alterações constitucionais que afetam a matriz tributária. Embora essas intermitentes modificações não sejam recomendáveis, não desnaturam a rigidez do Sistema Tributário Brasileiro.

Por outro lado, esse aspecto repercute em diversos institutos da seara fiscal, como no conceito de faturamento, fundamental para a apuração da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), prevista no art. 195, I da Carta Magna.

Embora a jurisprudência e a doutrina tenham consolidado do entendimento de que o conceito de faturamento estaria relacionado à receita operacional, ou seja, aquela obtida como resultado das finalidades da entidade, o legislador optou ou definir faturamento como a receita bruta auferida, a qual, na verdade, engloba o faturamento.

Essa amplitude conferida pelo legislador confronta com

o critério econômico-contábil, segundo o qual, o faturamento corresponde às receitas operacionais auferidas pela empresa. Portanto, o legislador infraconstitucional não poderia, a despeito de regular a incidência tributária, estipular base de cálculo de tributo que constitucionalmente incidiria sobre o faturamento consagrando receitas diferentes daquelas que o integrassem.

4) REFERÊNCIAS

CASAROTTO, Everson Sartori. A inconstitucionalidade da modificação na base de cálculo da COFINS, operada pela Lei nº 9.718/98. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: **Plenum**, n. 3, set 2008. 1 DVD.

CASSONE, Vittorio. **COFINS - base de cálculo - faturamento - conceito. Lei nº 9.718/98 e EC nº 20/98**. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_I_dezembro_2000/0512CofinsVittorio.pdf>. Acesso em: 19.11.2008.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Obrigação, lançamento e relação jurídica tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

ELALI, André. **Fiscalização tributária: direitos e deveres do contribuinte**. Disponível em: <http://www.direitoempresarial.com.br/modules/artigos_rss/imprime_um_artigo.php?cod_artigo=3>. Acesso em: 15.11.2008.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; SILVA JÚNIOR, João Gomes da. **Direito Tributário**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Podium, 2008.

FREITAS, Vladimir Passos de (org.). **Código Tributário Nacional Comentado**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARTINS, Alan; SCARDOELLI, Dimas Yamada. O Sistema Tributário

Nacional e a regulamentação da relação fisco-contribuinte. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: **Plenum**, n. 3, set 2008. 1 DVD.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de; PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. Base de cálculo do PIS e da COFINS - distinção entre receita e faturamento. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: **Plenum**, n. 3, set 2008. 1 DVD.

PALSEN, Leandro; VAZ, Paulo Afonso Brum (org.). **Curso Modular de Direito Tributário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

POLÔNIO, Wilson Alves. **Planejamento Tributário - O limite da Liberdade do Contribuinte**. Fiscosoft. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/base/137468/planejamento_tributario_-_o_limite_da_liberdade_do_contribuinte_-_wilson_alves_polonio.html>. Acesso em: 15.11.2008.

PRUDENTE, Antônio Souza. Reserva absoluta da lei complementar na constituição da COFINS e do PIS/PASEP. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: **Plenum**, n. 3, set 2008. 1 DVD.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho R Gláucia Carvalho. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. Inconstitucionalidades das majorações da COFINS promovidas pela Lei 9.718/98. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: **Plenum**, n. 3, set 2008. 1 DVD.

VARAS ESPECIALIZADAS EM CRIMES PRATICADOS CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE: POSSIBILIDADES E LIMITES DA AÇÃO NA DEFESA DE DIREITOS

Ana Paula Lemos Costa

Analista Judiciário Adjunto da 12ª Vara Criminal

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A situação da Criança e do Adolescente na sociedade brasileira. 3. Instrumentos Legais/ Ação do Estado para assegurar direitos e enfrentar a violência / Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Tipos de Violência. 4.1. Crimes Sexuais. 4.2. Conseqüências. 5. 12ª Vara Criminal – especializada em crimes praticados contra crianças e adolescentes. 6. Considerações Finais. 7. Bibliografia

Resumo: Cresce o entendimento da importância de varas especializadas em crimes praticados contra a criança e o adolescente, uma vez que podem proporcionar maior celeridade aos processos e em parceria, o Estado ser capaz de promover instrumentos que assegurem às vítimas atendimento especializado, como forma de amenizar os danos sofridos.

PALAVRAS-CHAVE: Estado – Crianças – Violência - Vítimas – Celeridade - Especializadas

1. Introdução

No Brasil, revelam os recentes dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), existem mais de 60 milhões de crianças e adolescentes. Assim, o tema que expõe a imprescindibilidade da criação e implantação de varas especializadas em crimes praticados em desfavor da criança e do adolescente tem sido muito discutido devido à importância da preservação da infância e da adolescência em nível mundial.

O direito da Criança e do Adolescente ao longo dos anos teve flagrante evolução face à necessidade de promoção, proteção e preservação desses seres que ainda estão em desenvolvimento e, portanto, são incapazes de defenderem-se por si mesmos.

O ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece: “É dever de todos zelar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

O Estatuto se estende a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação, passando a considerá-los como sujeito de direitos, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, a requerer proteção e prioridade absoluta no nível das políticas sociais. Embora o ECA constitua-se em um novo paradigma de atenção às crianças e adolescentes, muito falta para que cheguemos a esta realidade, pois muitos são os crimes praticados contra os direitos da Criança e do Adolescente, bem como praticado contra os próprios. E uma lei, por si só, não é capaz de promover uma mudança radical de hábitos, costumes, atitudes, mas depende do esforço e vontade de cada um.

Certamente, hoje se tem um olhar diferente sobre a infância e juventude brasileiras. Antes de tudo, entende-se a importância de compreender as causas, consequências e

formas de manifestação como ponto de partida para o enfrentamento dessa problemática e exigir do Estado seriedade no cumprimento do dever constitucional de provimento de recursos, implantação de políticas públicas e ampliação de serviços para a população infanto-juvenil, objetivando sempre a exigibilidade de seus direitos.

2. A situação da Criança e do Adolescente na Sociedade Brasileira

É crescente no nosso país o problema da violência contra crianças e adolescentes, principalmente no que se refere à exploração sexual e ao abuso sexual intra-familiar, provocando perplexidade nos organismos governamentais, nos profissionais que atuam na área e na sociedade como um todo.

No Brasil, a questão torna-se ainda mais complexa e de pouca visibilidade, devido ao medo e silêncio das vítimas e testemunhas. Percebe-se que as principais causas são sócio-econômicas e histórico-culturais.

Quanto à exploração sexual comercial, atualmente, existem três modelos de cenário: meninas confinadas em prostíbulos, situação comum em cidades menores; meninas que saíram para as ruas, atendendo ao apelo do turismo sexual, principalmente em cidades “turísticas”, e especialmente na região Nordeste; por último o modelo que se convive com as duas situações anteriores, nas cidades em desenvolvimento.

Aliada à pobreza, outro fenômeno vem sendo denunciado, o abuso sexual, que, diferentemente da exploração sexual, ocorre em todas as classes sociais. No Brasil, 80% das crianças que sofreram algum tipo de abuso sexual são do sexo feminino e a metade dos estupros

ocorridos são incestuosos, sendo 75% entre pais e filhas e bastante freqüente também entre o padrasto e a enteada; 12% envolve tios, primos e outros parentes; 38% são amigos, vizinhos e estranhos.

Ao analisar a situação de enfrentamento desse problema, é importante destacar que é necessário um processo de reconstrução de valores, cultura e postura diferentes, bem como a construção de novas práticas sociais e de proteção.

É bem verdade que houve avanços, através de estudos e denúncia da problemática e um maior interesse, mas no nosso país as pesquisas nessa área ainda são insuficientes. E como se não bastasse, a clandestinidade e o pacto do silêncio corroboram para que as estatísticas nem sempre sejam fiéis.

3. Instrumentos Legais/ Ação do Estado para assegurar direitos e enfrentar a violência / Estatuto da Criança e do Adolescente

A Constituição integrou-se, com base na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, aos princípios de proteção integral da criança.

Voltada para os interesses de todas as crianças e adolescentes, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, assegurou direitos fundamentais à infância e juventude brasileiras.

Com a Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, há uma grande mobilização no sentido da sociedade brasileira adequar seu pensamento e suas ações às diretrizes dessa lei. Em cumprimento ao art. 131 do ECA, os Conselhos Tutelares começaram a ser implementados no Brasil, tendo como foco a proteção e defesa dos direitos

da criança e do adolescente.

As mobilizações pela formulação dos direitos da criança iniciaram-se na década de 90 e culminaram em 1993 com a instauração da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e em 2003 com a instauração da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), esta última com o objetivo de “investigar e identificar as situações de violência, tráfico e exploração sexual de crianças e adolescentes, assim como os processos de organização das redes de exploração sexual no Brasil”, e sem dúvida, deu bons frutos, apontando caminhos e soluções.

Além da denúncia e da responsabilização, é necessário formular uma política de atendimento às vítimas, suas famílias e agressores, que é da competência dos Estados e municípios. Essa política envolve diversos setores: saúde, educação, assistência, nos quais devem ser feitos diagnósticos e pesquisas e o atendimento de profissionais. Existem também iniciativas de ONGs que, com apoio de setores governamentais, realizam um trabalho de articulação de redes e de defesa de direitos.

A necessidade de proteção requer do Estado uma postura integrativa e de parceria, a qual, mediante um trabalho em redes para uma ação conjunta multidimensional e com responsabilidade compartilhada.

Nessa política, a Justiça tem um papel fundamental. Antes do surgimento de uma vara judicial exclusiva para julgar crimes praticados contra a infância e juventude, a II Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente já havia recomendado a criação dessas Varas, em todo o país, assim como os Procuradores Gerais de Justiça, em encontro nacional.

Essas varas especializadas impõem prioridade à

população infanto-juvenil e agilizam os processos judiciais que tratam de violência sexual. Mas, até agora, elas não foram implantadas em todas as capitais brasileiras.

Entidades da sociedade civil e profissional que atuam no enfrentamento dessas graves violações de direitos humanos no país destacam uma série de vantagens que elas podem trazer, como: maior celeridade nos processos, existência de equipe multidisciplinar, atendimento especializado.

Esses casos deixam de se perder entre uma infinidade de outros nas varas criminais comuns, passam a ter tratamento diferenciado e espaço específico, preservando a vítima, que é o foco principal da atuação dessas varas especializadas.

A exclusividade da competência para o processo e julgamento de crimes contra crianças e adolescentes em uma vara criminal apresenta ainda a vantagem de permitir ao magistrado, promotor, defensor e auxiliares da justiça a especialização necessária para o tratamento diferenciado que exige um processo em que figura como vítima criança e adolescente. A principal razão para a existência das varas criminais especializadas é a rapidez que elas imprimem aos processos judiciais.

A demora na tramitação desses casos na Justiça é uma das formas da impunidade se manifestar, por se tratarem de crimes contra crianças e adolescentes, com conseqüências perversas para as vítimas e seus familiares. A morosidade no processo pode fazer com que crianças ou adolescentes se esqueçam de parte dos fatos até o

depoimento, o que prejudica essa prova considerada fundamental, ou ela pode ser revitimizada ao ter que trazer a história à tona muito tempo depois de ocorrida. É, portanto, uma forma de garantir a prioridade absoluta à população infanto-juvenil prevista na Constituição Brasileira de 1988.

A partir do funcionamento de varas especializadas, o tempo médio de duração dos processos diminui de seis a dez anos para no máximo um ano, de acordo com informações das respectivas varas, e no máximo seis meses em caso de réu preso.

No Brasil, dos vinte e sete Estados, apenas cinco contam com Varas Especializadas em crimes contra a criança e do adolescente. Em todo país existem redes que visam à consolidação dos direitos elencados no ECA. Ações estão sendo consolidadas, mas, para atingir todas as regiões brasileiras, são necessários investimentos maiores.

No Estado do Ceará, a competência exclusiva para o processo e julgamento dos crimes praticados contra crianças e adolescentes foi atribuída a 12ª Vara Criminal de Fortaleza através da Lei Estadual nº 12.779/97, que acrescentou parágrafo único ao art. 115, do Código de Organização Judiciária do Estado do Ceará que, a partir de então, passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 115 – Compete aos Juízes de Direito das Varas Criminais exercer as atribuições genéricas e plenas nas matérias de sua denominação, não privativas de outros juízes, servindo de distribuição”.

“Parágrafo único – Ao Juiz de Direito da 12ª Vara Criminal compete, única e exclusivamente, processar e julgar os crimes praticados contra a Criança e o

Adolescente, ressalvada a competência das Varas dos Júri, do Trânsito e do Juizado Especial Cível e Criminal”.

4. Tipos de violência

Independentemente de classe social, cultura, etnia e diversidades de região, o problema da violência sexual é bastante complexo e atinge milhares de crianças no Brasil. A violência, é na verdade, uma relação de dominação entre o adulto e a criança, imposta desde os primórdios por um poder totalmente desigual, sendo determinado por vários fatores: econômicos, culturais, comportamentais.

A violência é o evento representado por ação ou omissão realizada por indivíduos, grupos, classes, nações, que ocasionam danos físicos, emocionais, psicológicos, morais e espirituais a si próprios ou aos outros. (Política Nacional de Redução da Morbimortalidade por acidentes e violência – 2001).

A violência pode ser estrutural, interpessoal, institucional, urbana, doméstica, extrafamiliar e intrafamiliar.

A violência doméstica consiste em “ toda ação ou omissão que cause prejuízo ao bem-estar, à integridade física, psicológica, à liberdade e ao direito do pleno desenvolvimento de outro membro que convive no mesmo espaço doméstico” (Baseado no guia de Atenção Integral à Saúde da Criança e do Adolescente em situação de violência, Prefeitura do Recife, 2002).

Na violência doméstica há basicamente três atores: quem comete a violência, a vítima e quem testemunha.

A violência estrutural está ligada à violência física que, na maioria dos casos, acompanha situações de exploração infantil.

Vista, diferentemente do adulto, como aquela que não decide, não fala, a criança é coisificada, entendida como um ser inacabado e incompleto que necessita evoluir para ganhar sua maturidade.

Crianças do sexo feminino são as maiores vítimas numa relação de poder desigual com o adulto agressor. Tais crianças entram nesse mundo da exploração sexual muitas vezes pela questão econômica e a de raça e pelas relações de abuso intrafamiliar e extrafamiliar.

Violência sexual extrafamiliar é praticada por pessoas alheias ao convívio familiar e que não tenha uma relação de responsabilidade (cuidar/educar) com a vítima. Violência sexual intrafamiliar, também chamada de violência sexual doméstica, é a atividade sexual praticada contra uma criança ou adolescente por alguém que tenha com eles uma relação de consangüinidade, considerando também relações de afinidade e de responsabilidade.

A violência psicológica humilha, menospreza, fere moralmente, ameaça, aterroriza, tortura, podendo manifestar-se isoladamente, mas encontra-se em todos os outros tipos de violência.

4.1. Crimes Sexuais

Nossas crianças e adolescentes estão submetidas a diversos tipos de violência sexual: abuso/ violência ou violação sexual, exploração sexual comercial, tráfico de crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial, em rede ou não, turismo sexual, pornografia, pedofilia pela internet.

O abuso sexual/estupro são tidos como crimes sem fins lucrativos, relacionais ou interpessoais.

Sobre isso, conceitua Azevedo e Guerra:

Abuso sexual/vitimização sexual é todo jogo sexual, relação hetero ou homossexual entre um ou mais adultos e uma criança menor de dezoito anos, tendo por finalidade estimulá-la sexualmente ou utilizá-la para obter uma estimulação sexual sobre a sua pessoa de outrem.¹

A exploração sexual de crianças revela a violência contra o corpo, a sexualidade e o desenvolvimento sadio e, dentro desse contexto, emergem as relações familiares, sociais, culturais e de gênero.

A exploração sexual comercial é uma violência sexual que se realiza nas relações de produção e mercado, através da venda dos serviços sexuais de crianças e adolescentes pelas redes de comercialização do sexo, pelos pais ou similares, ou pela vida do trabalho autônomo. Essa prática é determinada não apenas pela violência estrutural como pela violência social e interpessoal. É resultado, também, das transformações ocorridas nos sistemas de valores arbitrados nas relações sociais, especialmente o patriarcalismo, o racismo, e a apartação social, antítese da idéia de emancipação das liberdades econômicas e culturais e da sexualidade humana. A exploração sexual revela duas

¹ AZEVEDO & GUERRA, op. cit., p.123

modalidades graves do crime: a que ocorre nos circuitos em que operam as elites econômicas e políticas e que se verifica nos circuitos em que transitam as classes subalternas.²

Tráfico para fins sexuais é o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou a recolha de pessoas, pela ameaça de recursos, à força ou a outras formas de coação, por rapto, por fraude, engano, abuso de autoridade ou de uma situação de vulnerabilidade, ou através da oferta ou aceitação de pagamentos ou de vantagens para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre uma outra para fins de exploração.³

Turismo sexual é a exploração de adultos, crianças e adolescentes por visitantes, em geral, procedentes de países desenvolvidos mas, também, por turistas do próprio país envolvendo a cumplicidade, por ação direta ou omissão, de agências de viagem, guias turísticos, hotéis, bares, restaurantes,

² Do documento Plano de Trabalho da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito: Situações de Violência e Redes de Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes no Brasil – Deputada Federal Maria do Rosário.

³ Termos do Protocolo de Palermo, art. 2º bis, alínea a

boates, lanchonetes, barracas de praia, garçons, porteiros, postos de gasolina, taxistas, prostíbulos, casas noturnas e de massagem, além da tradicional cafetinagem.⁴

4.2. Consequências

As experiências sexuais na infância, oriundas da violência e da exploração sexual, tornam as crianças vulneráveis, visto que são expostas a todos os tipos de violência, às drogas, a gravidezes precoces, às doenças sexualmente transmissíveis e a problemas de ordem física, emocional e social, afrontando assim, o direito à vida, à saúde e ao desenvolvimento sadio, pois as crianças ainda são imaturas para o exercício da sua sexualidade.

O quadro de violência mostra os agravos à saúde de meninas que não possuem maturidade sexual para enfrentar os problemas decorrentes, como gravidez precoce, dependência de drogas, doenças sexualmente transmissíveis, problemas psicológicos e tantos outros.

Nas vítimas de crimes sexuais é bastante comum detectar vários problemas como: agressividade, fuga do lar, uso abusivo de drogas, sentimento de culpa, medo, raiva, pensamentos e tentativa de suicídio; problemas do desenvolvimento da sexualidade, mudanças de comportamento e humor, doenças sexualmente transmissíveis, dificuldade de confiar e criar vínculos com as pessoas, submissão, medo de algum parente, introspecção, falta de concentração, baixa valorização pessoal. Tais vítimas

⁴ CECRIA, 1996

terão prejuízos incalculáveis no decorrer de suas vidas, de ordem emocional, afetiva, psicológica, comportamental, podendo até desenvolverem doenças psicossomáticas .

A psicóloga clínica Maria Tereza Maldonado ainda nos diz:

Muitas crianças e jovens reagem com sintomas típicos da síndrome de estresse pós-traumático: revivência das cenas chocantes, pesadelos, terror noturno, suor frio das mãos, o coração que bate disparado, estado de hiperalerta (como se fosse um sentinela de plantão permanente), além dos distúrbios no processo de pensamento (dificuldade de concentração e de atenção).⁵

5. 12^a Vara Criminal – especializada em crimes praticados contra crianças e adolescentes

A competência da 12^a Vara Criminal compreende os seguintes crimes cometidos contra crianças e adolescentes: lesão corporal, perigo de contágio venéreo, perigo de moléstia grave, abandono de incapaz, exposição ou abandono de recém-nascido, omissão de socorro, maus tratos, constrangimento ilegal, ameaça, seqüestro e cárcere privado, redução à condição de escravo, estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, subtração

⁵ MALDONADO, 1997: 15,16

de criança ou adolescente com o fim de colocação em lar substituto, prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, exploração sexual e a produção, representação teatral, televisiva ou cinematográfica, atividade fotográfica ou qualquer outro meio visual utilizando criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou vexatória.

Foram excluídos da competência da nova Vara os crimes dolosos contra a vida, que competem, pela Constituição Federal, ao Tribunal do Júri, os de trânsito e juizados especiais cíveis e criminais.

Os inquéritos policiais são elaborados pela Delegacia Especializada e enviados a Central de Inquéritos do Fórum local, de onde são encaminhados diretamente à Central de Inquéritos que são dirigidos à 12ª Promotoria, que apresenta denúncia, pedidos de arquivamento ou de diligências, também diretamente à Secretaria de Vara.

O Defensor Público trabalha com acesso à Secretaria, este e a representante do Ministério Público participam de todas as audiências. A Vara conta ainda com uma Psicóloga, a qual presta atendimento especializado às vítimas de crimes sexuais, ouvindo-as antes da audiência e contribuindo com visitas e relatórios, quando necessários.

Em termos práticos, verificou-se acentuada vantagem em relação ao sistema anterior, uma vez que o tempo de duração do processo foi substancialmente reduzido, tornando mais célere a prestação jurisdicional, fator que favorece a credibilidade da justiça.

Desde outubro de 1998, meses após a instalação da vara, foram julgados mais de 4 000 processos.

O tempo médio de duração de processo judicial para réus presos é de três meses e um ano para réus soltos. Antes, nós tínhamos uma impunidade muito elevada, que se dava em função da morosidade, de ultrapassar o tempo para

processar.

Destaca-se que da apresentação da denúncia até a realização da instrução decorrem, em média, trinta dias para réus presos e de noventa dias em que se encontram em liberdade os acusados. Assim, se impõe existe maior controle sobre a duração dos inquéritos.

Em levantamento realizado em anos anteriores, distribuídos de 1996 a 2004, mostra que processos envolvendo crimes praticados contra crianças e adolescentes em diversos tipos penais, muitos deles encontravam-se há pelo menos seis meses sem nenhum andamento, sendo um terço deles referentes à violência sexual.

Em termos práticos, verificou-se acentuada vantagem em relação ao sistema anterior, uma vez que o tempo de duração do processo foi substancialmente reduzido, tornando mais célere a prestação jurisdicional, fator que favorece a credibilidade da justiça.

A exposição da intimidade da vítima, comum aos processos nestes casos, leva o Estado a abrir mão do interesse coletivo, em prol do interesse individual. Na verdade, não se afasta a proteção do bem jurídico, liberdade sexual, das mãos do Estado. Simplesmente se pondera a respeito de o próprio processo afetar outras esferas de liberdade e integridade da parte lesada, que já carrega uma lesão à sua liberdade no âmbito sexual.

6. Considerações Finais

Toda criança tem direito a desenvolver-se num ambiente sadio, de respeito, dignidade e proteção. Hoje, mais do que nunca, nossas crianças necessitam de um olhar diferenciado para enfrentar a violência crescente que as

atinge.

Quando se pensa no problema, é preciso discutir como a sociedade enfoca os crimes cometidos contra crianças e adolescentes, principalmente os crimes de exploração sexual e as diferenças culturais no que diz respeito à vontade de revelar a violência sexual para os pesquisadores. A partir dos anos 90, algumas pesquisas viabilizaram a discussão do tema nas esferas do Governo Federal, causando impacto ao problema que tanto assola crianças e adolescentes.

Muito falta a ser feito, pois o Estado muitas vezes se omite na efetivação de políticas públicas. Deve-se buscar um resultado advindo da ação de uma estrutura do Estado. Os profissionais envolvidos também devem questionar sua atuação e a sua instituição.

Não só as vítimas, mas as famílias abusivas e o agressor, além da penalização, necessitam também de um suporte adequado de tratamento.

A formação de profissionais competentes e realmente comprometidos é fundamental para garantir atendimento qualificado, encaminhando as vítimas efetivamente a um atendimento psicossocial para amenizar ou superar os danos causados.

Assim, trabalhar na 12^a. Vara Criminal tem sido um constante aprendizado, pois diante de tantas realidades, onde o direito de ser criança é constantemente violado e as relações humanas são destruídas, é impossível não se adquirir um novo olhar sobre o enfrentamento dessa problemática e conseqüentemente, ter uma visão crítica acerca dos instrumentos com os quais contamos na legislação brasileira. E é diante de alguns casos, mesmo comuns ao nosso dia a dia, que nos vemos perplexos, chocados e inevitavelmente certos da vulnerabilidade de nossas crianças e que algo precisa urgentemente ser feito.

Tem-se a certeza da imprescindibilidade da criação de Varas Especializadas em crimes contra a infância e adolescência em todo o Brasil, pois atualmente, no país, apenas três capitais contam com esse tipo de assistência especializada: Fortaleza, Recife e Salvador, esta última com duas varas. Ressalte-se ainda que em Porto Alegre há um apoio especializado às vítimas, mas ligado às Varas da Infância e da Juventude.

Evidentemente, o melhor meio seria evitar a violência e o abuso contra crianças, mas como está fora de nosso alcance, o melhor a ser feito é o trabalho secundário, com o objetivo de achar os meios de atenuar o sofrimento e reduzir os danos de todas as formas de violência das quais nossas crianças são vítimas, incluindo medidas efetivas por meio da educação, da terapia e criação de políticas realmente eficazes. Importante seria que essas medidas fossem encaminhadas à construção de direitos humanos e sociais, respeitando os direitos das crianças, já consagrados na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

7. REFERÊNCIAS

BEUTER, Carla Simone. **A (des)consideração pela infância: uma análise dos direitos sexuais diante das redes de exploração sexual.** Caxias do Sul, RS: Educs, 2007.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Crimes Sexuais: reflexões sobre a nova Lei nº 11.106/2005.** São Paulo: J. H. Mizuno, 2006.

ALBERTON, Mariza Silveira. **Violação da Infância: Crimes abomináveis: humilham, machucam, torturam e matam.** Porto Alegre, RS: Editora AGE, 2005.

WESTPHAL, Márcia Faria. **Violência e Criança**. São Paulo, SP: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.

Políticas públicas e estratégias contra a exploração sexual comercial e o abuso sexual intra familiar de crianças e adolescentes. Organização **CECRIA** – Centro de Referências, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1998 (Série Subsídios, v.1)

Rompendo o silêncio. Seminário Multiprofissional de Capacitação sobre Abuso e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes. São Luís, MA: Estação Gráfica, 1997.



Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará
Rua Ramires Maranhão do Vale, 70 - Água Fria - 60.811-670 - Fortaleza-Ceará
Telefone (85) 3278.4013/3278.6242- e-mail: esmectj@gmail.com
www.tjce.jus.br/esmec

INSTRUÇÕES ESPECÍFICAS PARA O ENVIO E RECEBIMENTO DE ARTIGOS PARA PUBLICAÇÃO

Os originais dos artigos deverão ser enviados por meio de correio eletrônico para o e-mail artigosthemis@gmail.com. Cópia impressa do artigo, com as folhas rubricadas pelo autor e assinado ao final, deverá ser enviada aos cuidados da Secretaria Executiva da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), com endereço físico à Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Edson Queiroz, CEP 60811-670, Fortaleza-CE. Os artigos enviados deverão obedecer, obrigatoriamente, à seguinte **formatação textual**:

- a) mínimo de 10 (dez) e máximo de 30 (trinta) páginas;
- b) formato do papel deve ser A4, com a seguinte configuração das margens: esquerda e superior, 3cm; direita e inferior, 2 cm. Os parágrafos devem ser justificados, recuo da primeira linha em 2 cm da margem esquerda, espaçamento um e meio (1,5 linha) entre linhas, salvo nas notas de rodapé e nas citações, nas quais deve ser utilizado espaçamento simples;
- c) fonte Arial;
- d) tamanho 12, exceto nas citações longas (recuar 4

- cm, manter mesma fonte, reduzir para tamanho 10);
- e) parágrafos com entrelinha simples, sem espaçamento entre eles;
 - f) o artigo deverá conter os seguintes elementos pré-textuais: título e subtítulo (se houver), separados por dois pontos; sumário, com indicação dos itens e subitens em que se divide o trabalho; resumo na língua do texto: sequência de frases concisas e objetivas, de até 100 palavras.

Além disso, os **originais do artigo** deverão ser apresentados, obrigatoriamente, da seguinte forma:

- a) em 1 (uma) via, impressa em papel A4;
- b) com indicação do(s) autor(es) do trabalho e data de elaboração;
- c) com indicação da situação acadêmica, títulos e instituições nas quais a atividade principal do(s) autor(es) é exercida.

Os trabalhos que não obedecerem a estas normas serão devolvidos a seus autores que poderão reenviá-los para o próximo número, desde que efetuadas as modificações necessárias. O autor poderá consultar as normas técnicas da ABNT necessárias à elaboração de artigos, quais sejam, NBR 10520, NBR 6022, NBR 6023, NBR 6024, NBR 6027, NBR 6028 e suas posteriores atualizações, quando houver. Em caso de dúvida, é sempre possível manter contato com o organizador dos textos para publicação na revista, cujo endereço eletrônico encontra-se disponibilizado acima.

Não são devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista Themis. O autor receberá gratuitamente três exemplares do número da Revista no qual conste artigo de sua autoria.

Este número da revista foi composto na fonte Arial, corpo 12.
O miolo foi impresso em papel tipo AP 75 g/m² e
a capa em cartão supremo 240 g/m². Impresso no Parque Gráfico do
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Parque Gráfico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.
Av. Ministro José Américo s/n - Cambéba - Fortaleza-CE.
Fone/Fax: (85) 3216.2634