

FACULDADE METROPOLITANA DE CAMAÇARI

TEMPOS EM DIREITO
REVISTA CIENTÍFICA



Volume 01 – Número 01- Ano 2017

FACULDADE METROPOLITANA DE CAMAÇARI

TEMPOS EM DIREITO
REVISTA CIENTÍFICA
Volume 01 – Número 01

FACULDADE METROPOLITANA DE CAMAÇARI

DIRETORA GERAL

Profa Celene Maria de Oliveira Santos

EDITOR RESPONSÁVEL

Profa Dra. Arlinda Paranhos Leite Oliveira

CONSELHO EDITORIAL

Profa Celene Maria de Oliveira Santos

Profa Dra. Arlinda Paranhos Leite Oliveira (FAMEC, UFBA, UCSAL)

Prof. Ms. Edson Tiny Sacramento (FAMEC)

Prof. Dr. Edvaldo Pereira de Brito (UFBA)

Prof. Dr. João Glicerio de Oliveira Filho (UFBA)

Profa Ms. Jucilene de Oliveira Santos (FAMEC)

Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim (UFBA)

FICHA CATALOGRÁFICA

Jucilene de Oliveira Santos

Tempos em Direito – Revista Científica da Faculdade Metropolitana de
Camaçari

Volume 01-Número 01-Ano 2017

Editada pela Faculdade Metropolitana de Camaçari

Localizada a Avenida Jorge Amado s/n –Camaçari-Ba

Ficha Catalográfica

Tempos em Direito: Revista Científica. Faculdade Metropolitana de Camaçari-
FAMEC

v.1,n.1 (abril/2017) Camaçari,2017

Anual

1. Educação 2. Ensino 3. Aprendizagem 4. Informação 5. Periódico I. FAMEC II
Tempos em Direito

CDU 050

SUMÁRIO

DIREITO À MORADIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: APLICAÇÃO DA LEI E CONFLITO ENTRE DISCURSO E PRÁTICA.....	05
Álvaro Duarte	
A TUTELA PROVISÓRIA E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	20
Antônio José Souza Bastos	
A EDUCAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE PODE PROPAGAR AS DESIGUALDADES SOCIAIS	35
Arlinda Paranhos Leite Oliveira	
ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A MATERIALIZAÇÃO NAS AVALIAÇÕES DE DESEMPENHO E SUA CONFIGURAÇÃO COMO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	55
Bruno Helásio Amorim de Oliveira	
O DIREITO HUMANO AO MEIO AMBIENTE NAS CONSTITUIÇÕES DO.....	80
Edson Sacramento Tiny das Neves e Thiago Pires Oliveira	
POR UM DIREITO DE PROMETEU: O DIREITO ENTRE A PÓS-MODERNIDADE E A MODERNIDADE EM UM CONTRIBUTO DE BOAVENTURA SANTOS E NIETZSCHE.....	98
George Lima Carvalho	
O LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS: UMA APRESENTAÇÃO	119
Line Lobo	
RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO.....	130
Raissa Ileana Silva dos Santos	
A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA INTERNET E A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	152
Ricardo Duarte Guimarães	

APRESENTAÇÃO

A Faculdade Metropolitana de Camaçari – FAMEC lança a primeira revista do Curso de Direito denominada **TEMPOS EM DIREITO** de publicação acadêmica na modalidade eletrônica, contendo reflexões assentadas em princípios científicos e condizentes com as áreas de pesquisa dos profissionais autores.

Os artigos que contemplam este periódico se constituem em uma forma de deixar transparente as temáticas contemporâneas atinentes à Área do Direito, bem como, por em evidência os postulados dos teóricos que subsidiaram os temas em análise.

Esta revista encontra-se assentada em pressupostos sócio político acadêmico e busca contribuir para o enriquecimento da cultura jurídica, para a acessibilização do conhecimento e para o incentivo à pesquisa, ao ensino e à extensão, fazendo gestar uma cultura científica no espaço institucional facultando a integração entre teoria e prática e respondendo às demandas do cotidiano acadêmico.

Cabe-me registro de agradecimento aos professores colaboradores deste primeiro número da revista do Curso de Direito o que demonstra estarem motivados para um repensar analítico crítico reflexivo e inovador voltados para a área jurídica.

ARLINDA PARANHOS LEITE OLIVEIRA
EDITORA

DIREITO À MORADIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: APLICAÇÃO DA LEI E CONFLITO ENTRE DISCURSO E PRÁTICA

Álvaro Duarte¹

RESUMO

O presente artigo objetiva demonstrar como o sistema de proteção internacional, desde o início do século, já anunciava diretrizes e ratificava medidas concretas na efetivação do Direito Fundamental à Moradia. Desta forma, será apresentado como essas normas de Direito Internacional se corporificaram no texto constitucional pátrio e na legislação ordinária, já demonstrando eventuais inconsistências entre o discurso universal e sua efetivação no plano normativo nacional. Concluímos que as decisões parecem insuficientes para atender satisfatoriamente a salvaguarda do direito fundamental à moradia e à dignidade humana.

Palavras-Chave: Direito à Moradia. Efetivação de Direitos Fundamentais. Direito Urbano.

ABSTRACT

This paper aims to show how the International Protection System, since the beginning of this century, has announced guidelines and ratified concrete measures on realization of the Fundamental Right to Housing. This way, it will be presented how these International Law's norms are embodied in national constitutional text and ordinary legislation, showing how inconsistencies between universal speech and its realization in the national normative dimension. We conclude here that the decisions appear insufficient to provide satisfactory defense of the Fundamental Right to Housing and Human Dignity.

Keywords: Right to Housing. Fundamental Rights Realization. Urban Law.

¹ Mestre em Ciências Jurídicas na área de concentração em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba UFPB (2013). Especialista em Administração pela UFRPE. Graduado em Direito e Sociologia, Professor Universitário nas áreas de Direito e Sociologia, com ênfase em Direito Público e Privado, Direitos Sociais, Direitos Humanos e Políticas Públicas. Professor da graduação e do curso de Pós-graduação da SOPECE/FCHPE. Coordenador de Orientação Administrativa, Pedagógica e Profissional do Curso de Direito da SOPECE/FCHPE. Professor substituto da disciplina de Direito Sociais no PRONATEC/IFPE.

Embora não previsto expressamente no texto da Constituição de 1988, o direito à moradia foi incorporado a partir da emenda constitucional nº 26 de 2000 no rol dos direitos sociais da Constituição Federal ora vigente, sobretudo alcançando o status de ser promovido e protegido pelo Estado Brasileiro, visando à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, de modo a conferir a esses direitos o grau de aplicação imediata e direta (SAULE JR, 1997, p. 65).

Assim, o texto determina o seguinte:

Art.6º - São direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

Ao mesmo tempo, ressalta-se que, mesmo antes da consagração de forma expressa na Constituição, estas garantias já faziam parte do rol de direitos previstos no sistema de proteção internacional, anunciando diretrizes e ratificando medidas concretas a partir do momento que foram reconhecidos, e incorporados à ordem jurídica de acordo com o paragrafo 2º do artigo 5º, pelo qual:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a Republica Federativa do Brasil seja parte.

Neste sentido, o direito à moradia passa a ser considerado, pela doutrina mais autorizada, um direito fundamental positivo, isto é, um direito fundamental que permite aos seus titulares exigir do Estado, prestações positivas. (SILVA, 2005, p.186).

Infelizmente, esse direito ainda não é suficiente no ordenamento jurídico brasileiro para nortear a premissa de aplicação imediata, e a possibilidade de prestação material por parte do Estado.

Entretanto, considera-se que o maior óbice à eficácia social dos direitos fundamentais sociais não é a falta de normas que deem densidade jurídica aos preceitos constitucionais, mas sim que a falta de eficácia social dos direitos sociais está relacionada à não prestação dos serviços sociais básicos pelo Estado na implementação de políticas públicas. Dessa forma, o problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios, no sentido de viabilizá-los (KRELL, 2002, p.32).

Não obstante se reconheçam tais obstáculos extra-jurídicos, trata-se de notar que os direitos sociais - enquanto princípios programáticos - apoiam-se num “dever ser” que promete de forma demasiada, o que leva a uma indeterminação jurídica, sendo, na maioria das vezes, encarados apenas como um guia geral para os poderes públicos.

Gerardo Pisarello (2003, p.41) entende que essa indeterminação jurídica, é devido ao fato do direito à moradia não ser direito de forma plena, capaz de obrigações específicas, cuja violação comporta algum tipo de sanção ou controle que pelo menos exponha o Poder à perda de legitimidade diante dos cidadãos.

Mas, para darmos concretude a esses direitos, notadamente o de moradia, é preciso ir bem mais além: trata-se de buscar, jurídica e socialmente, a concretização do Estatuto da Cidade o qual, inserido no ordenamento jurídico brasileiro, através da lei 10.257 de 10 de julho de 2001, foi (e é) um marco da política urbana cujas potencialidades ainda estão aquém das demandas do conjunto da sociedade.

Ele é fruto do processo de democratização e luta social no País, estabelecendo diretrizes para regulamentação dos artigos 182 e 183 da CF/88, no que se refere à aplicação e implementação da garantia do direito à cidade.

Desse modo, ao regulamentar o capítulo constitucional sobre política urbana, o Estatuto da Cidade confirmou, de maneira inequívoca, a construção no ordenamento do Direito Urbanístico como ramo autônomo do Direito Público brasileiro e assegurou dessa forma a incorporação de uma política urbana ao leque de garantias fundamentais.

E em que pese a grande relevância dos novos instrumentos jurídicos e urbanísticos criados e/ou regulamentados pela lei federal, é de concordar que a importância maior do Estatuto da Cidade se deve principalmente ao marco conceitual por ele consolidado, que, se devidamente assimilado, deverá se tornar a referência central junto à compreensão e interpretação das muitas e complexas questões jurídicas intrínsecas ao processo de uso, ocupação do solo urbano, bem como para dar suporte jurídico adequado às práticas de gestão urbana (FERNANDES, 2002, p.33).

Isso porque tal Estatuto, entre outros aspectos positivos, regulamentou e expandiu dispositivos sobre a política urbana, colocando o município no centro das formulações sobre planejamento urbano, reconhecendo a autonomia do governo municipal, a gestão democrática, o direito social de moradia o direito à regularização

de assentamentos informais consolidados e, muito especialmente, a função social da propriedade entre outras disposições.

Com isso, a descentralização e democratização caminham juntas para garantir a plena legitimidade social dos processos de planejamento urbano, formulação de políticas públicas, aprovação de leis urbanísticas e gestão de cidades (FERNANDES, 2002, p.43-59).

Segundo o autor supramencionado, isso decorre da opção do legislador em conferir ao Estatuto da Cidade quatro dimensões principais, quais sejam: a) uma dimensão conceitual, que explicita o princípio constitucional central das funções 86 sociais da propriedade e da cidade e os outros princípios determinantes da política urbana; b) uma dimensão instrumental, que cria uma série de instrumentos para materialização de tais princípios de política urbana; c) uma dimensão institucional, que estabelece mecanismos, processos e recursos para a gestão urbana; e, finalmente, d) uma dimensão de regularização, que visa enfrentar a questão fundiária atinente aos assentamentos informais consolidados.

Vê-se, portanto, que a definição do texto legal, embora fundamental, não é suficiente para resolver todos os problemas da maioria da população e isso se agrava dado à circunstância de que, boa parte da população sobrevive na informalidade, em construções precárias e longe da segurança da posse e sem observação de qualquer lei.

Além disso, como bem alerta Maricato (2010, p.6), aplicar o Estatuto da Cidade em tal contexto, culturalmente excludente, tradicionalmente conservador, não é tarefa simples especialmente porque nessas sociedades chamadas de emergentes, não desenvolvidas, em desenvolvimento ou periféricas, o poder político e social vem associado à propriedade patrimonial.

Ora, apesar dos entraves na implementação do direito à moradia, não se pode negar que a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da cidade de 2001 constituem paradigmas inovadores para direito à moradia, trazendo implicações para construção da ordem jurídica-urbanística, o que não implica em ignorar que esses instrumentos jurídicos, um e outro, ainda carecem de instrumentos complementares para sua plena efetivação.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à moradia passa a ser um elemento essencial do direito a um padrão de vida adequado. Quando aplicado, ele pode fornecer uma base para melhor realização de outros direitos se for considerada

“a adoção de um discurso jurídico comprometido com o paradigma das diretrizes internacionais recomendados pela ONU e o Estatuto da Cidade” (SARMENTO, 2011, p.155).

Isso porque, no decorrer das últimas quatro décadas, a trajetória dos direitos humanos e, conseqüentemente, do direito à moradia tem sido marcada pelo fenômeno da constitucionalização de diversas convenções e declarações internacionais, estabelecendo organismos e mecanismos de proteção desses direitos, seja no âmbito global ou regional (SAULE, 1997, p.1).

De tal sorte que, a expressão direito à moradia, se coaduna com "o direito de não ser privado arbitrariamente de uma habitação e de conseguir uma e, por outro lado, também o direito de obter uma, o que exige medidas e prestações estatais" (SILVA, 1997, p. 342).

No mesmo sentido, o relatório sobre direito à moradia adequada ², elaborado pelo Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem salientado que o direito à moradia adequada não deve ser interpretado restritivamente. Pelo contrário, deve reafirmar a necessidade de viver num lugar em paz, de maneira segura e com dignidade e que esteja intrinsecamente ligado a outros direitos humanos fundamentais.

Isso, em parte, devido à moradia relacionar-se com outros direitos, devendose depreender que se trata de um fenômeno complexo e com muitas variantes e que só pode ser compreendido quando se envolve a sua análise no contexto global da estrutura social. A moradia é muito mais que uma realidade física e espacial, é antes de tudo um fenômeno social cuja sua compreensão só pode ser alcançada desde sua globalidade ³ (ALCALA, 1995, p. 45).

Essa ambigüidade do direito à moradia de ser fundamentado ora por elementos jurídicos, já incorporados no ordenamento, ora mediante princípios morais que se justificam em exigências éticas, bem, valores, de que gozam os seres humanos pelo simples fato de sê-los, consagram-se através do princípio da

² UNHABITAT-Office of United Nations High commissioner for Human Rights. The Right to Adequate Housing. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_en.pdf>. Acesso em 10.jan.2016

³ Textualmente: la vivienda es un fenómeno complejo, con múltiples facetas, que solo pueden ser comprendidas englobando su análisis en el contexto global de la estructura social. La vivienda es mucho más que una realidad física y espacial, es, ante todo, un fenómeno social cuya comprensión solo puede alcanzarse desde su globalidade. ALCALÁ, L.C. La cuestión residencial: bases para una sociología del habitar. Madrid:Editorial Fundamentos, 1995, p.45.

dignidade humana, de forma que ela - a ideia de dignidade humana - está contida em muitos documentos jurídicos internacionais relativos aos direitos humanos, em constituições nacionais, como também em diversos códigos deontológicos.

Por outro lado, o discurso de justificação construído quando se está diante da resolução de um conflito envolvendo o direito de propriedade e a forma como ele deve ser interpretado, parece percorrer vários meandros na aplicação do direito, principalmente, quando se sabe que parte relevante de seu debate repousa em princípios programáticos, como é o caso dos direitos sociais, no qual há possibilidade de exigibilidade e conseqüentemente de aplicação imediata a depender do dever moral ou jurídico de satisfazê-los.

No debate dessa questão, de como deve ser interpretado o direito de propriedade, não basta apenas o discurso da força normativa da Constituição (Konrad Hesse, 1991, *passim*), tão cara à doutrina alemã e que já se consolidou definitivamente na jurisprudência brasileira, para garantir a possibilidade de aplicação imediata no enfrentamento à violação do direito à moradia ou para garantir a possibilidade de recorrer ao judiciário para que este venha a sanar uma omissão da administração pública.

Neste sentido, Sarmiento (2011, p. 156) diz que esse direito por si só já deveria garantir a aplicação imediata como elemento estruturante do constitucionalismo contemporâneo. E que o fato de estarem na Constituição já lhes confere executoriedade, independentemente de norma infraconstitucional que os regule ou os clarifique.

Em parte, esses direitos têm suscitado controvérsias no que diz respeito à sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização e a sua exigibilidade em virtude da sua indeterminação jurídica (SARLET, 2001, p.1).

De maneira que caberia, de fato, discutir se o Poder Judiciário estaria preparado para acatar e tutelar as exigências dirigidas ao Poder Público sobre a aplicação e eficácia dos direitos sociais, em sua grande maioria aderindo à teoria estrangeira que apregoa a sua plena realização, exigindo-se do Poder Público certas prestações materiais que levem pouco a pouco ao nível adequado de concretização.

Dessa forma, parece que a ideia de necessidade, aqui amparada pela indispensabilidade de busca por alimento, segurança, habitação e saúde do ser humano, mostra-se como elemento chave para compreender a construção da

doutrina dos direitos sociais e, requer, em princípio, que o direito seja de aplicação imediata. De tal maneira, há um núcleo de necessidades básicas absolutas que dependem de fatores que estão socialmente determinados e que a ordem jurídica deveria tão somente reconhecer e aplicar (SPICKER, 2000, p.73).

Mas, não se pode ser ingênuo e olvidar que entre a regra legislada e sua concretização, há uma longa e complexa construção que consiste na atividade hermenêutica levada à cabo pelos juízes e tribunais e como essa atividade se reflete nos discursos de justificação das decisões, notadamente aqueles proferidos sobre aplicabilidade imediata de direitos fundamentais, contra os quais algumas construções retóricas eficazes tais como a “reserva do possível”, são constantemente esgrimidas contra a executoriedade imediata dos mesmos.

Na concepção de Doyal e Gough (1994, p. 78), por exemplo, a identificação de uma necessidade básica repousa num dado fundamental, pelo qual a ocorrência de sérios prejuízos à vida material dos homens e à atuação destes como sujeitos deve sempre ser levada em conta.

Por “sérios prejuízos” compreendem os autores a possibilidade de impedimento aos seres humanos de viverem física e socialmente em condições de dignidade de modo a poder expressar a sua capacidade de participação ativa e crítica.

Dessa maneira, necessário se faz compreender qual o paradigma dos direitos sociais propostos para o mundo contemporâneo e que, em sentido amplo, considera os direitos sociais como instrumentos dirigidos a proteger as necessidades e os interesses vitais das pessoas (PISARELLO, 2003, p.23). Caracterizando-se como conjunto de direitos básicos que devem ser promovidos para satisfazer necessidades socialmente determinadas, atendendo prioritariamente aos grupos ou pessoas que estão em situação de vulnerabilidade e em condições sociais desfavoráveis.

Na verdade, trata-se de pretensões morais ou políticas acerca de como deveriam ser tratadas e que se encontram em contradição flagrante com a pretensão normativa dos direitos fundamentais sociais e o evidente fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para vasta maioria da sua população (KRELL, 1999, p.240).

De igual modo, como já se mencionou mais atrás, se utiliza do princípio da “reserva do possível”⁴ para justificar a impossibilidade de atender as prestações cogentes dos direitos sociais em razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.

É certo que as limitações legais podem dificultar a sua aplicação, mas de modo algum pode justificar a inaplicação deste direito em situação de extrema precariedade, no qual há risco de sobrevivência e na qual se evidencia, para os versados nas lides jurídicas, que ele só é esgrimido, numa sentença ou debate judicial, para justificar discursivamente, a não-concessão de direitos garantidos pela ordem jurídica, mas que implicam em custos materiais para o Estado, pelo que se evidencia a maior facilidade em conceder garantias formais (que são importantes e das quais não se deve abrir mão) do que aquelas de caráter material.

Em face da alegação de que é inviável (em qualquer circunstância) o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações, socorrendo-se dos limites fáticos da reserva do possível e argumentando que inexistente dotação orçamentária, resta padecendo de esvaziamento completo a questão da eficácia dos direitos sociais, restando a eles serem eternamente imolados no altar da formalidade jurídica e do topos da “reserva do possível”.

Prova do descompasso na interpretação e aplicação de uma ordem jurídica que não pode ser acusada de nenhuma veiledade esquerdizante, como é a brasileira, é que mesmo a Suprema Corte Pátria (a quem, também, não se pode atribuir sequer o rótulo de “progressista”), tem andado, em alguns momentos, bem melhor que os tribunais inferiores, na medida em que, em várias decisões, já superou tal concepção,

Entendendo que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser convocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, eliminação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de condição fundamental para existência.⁵

⁴ Princípio incorporado da doutrina Alemã no ordenamento jurídico brasileiro que, somente se pode exigir do Estado à prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade. Tal hipótese foi mencionada em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional alemão (BverfGE n.º 33, S. 333).

⁵ Extrato da decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADPF 45.

É a partir dessas considerações que se faz alusão às decisões estudadas no Tribunal de Justiça de Pernambuco, no qual veremos que sua concretização por via judicial, ainda é tímida, faltando densidade jurídica no que se refere aos preceitos constitucionais atinentes à moradia e, conseqüentemente, à eficácia dos direitos sociais que inicialmente deveriam ter sido supridos pelas ações executadas através de políticas públicas no Estado e, no caso de omissão do direito fundamental à moradia, de imediato pelo Judiciário a quem cabe resguardar e proteger conforme o modelo constitucional adotado pelo País.

É o caso, por exemplo, da decisão do TJPE no proc. nº 0011569-41.2010.8.17.0990 - ação de reintegração de posse em desfavor de moradores de baixa renda da localidade de Jardim Brasil no Município de Olinda que estão em processo de retirada forçada em razão de projeto de Urbanização do Plano de Aceleração e Crescimento- PAC. Sobre tal aspecto, merece ser trazido à baila o entendimento deste juízo, em sentença em 18.01.2011:

[...] Assim, Defiro a medida de Reintegração de Posse face à ocupação irregular e Demolitória da área irregularmente construída, consoante indicado na inicial, nos termos do CPC, Art. 273 c/c 928 e seg. Por tal razão, determino seja expedido Mandado de Reintegração ao domínio público das margens do canal da malária e de Demolição da área detectada. Fica, de logo, estipulada a multa diária de R\$100,00(cem reais), por réu qualificado, no caso de descumprimento da ordem pelos réus ou de estes virem a praticar novos esbulhos, sem prejuízos da resposta criminal à transgressão da ordem judicial. O mandado deverá ser cumprido com circunspeção e moderação. Autorizo reforço policial, se for o caso, devendo-se observar todas as garantias constitucionais inerentes ao ato. Oficie-se ao município para que dê o suporte necessário à transferência dos móveis dos réus. Determino, por fim, o pagamento de auxílio moradia a cada um dos réus no valor de R\$150,00(cento e cinquenta reais) mensais, a considerar o valor aproximado de mercado e consoante precedentes desta Especializada, até a relocação dos réus na unidade habitacional construída. O valor deverá ser pago após a reintegração de posse efetivada. Deverá o Município autor juntar comprovante do recebimento do auxílio moradia pelos réus a cada 20(vinte) dias dos meses subseqüentes ato reintegratório. O Município réu deverá observar a relocação imediata dos réus, cadastrados e devidamente compromissados, nas unidades habitacionais concluídas. Intimados os requeridos da decisão liminar, passará a correr o prazo para a contestação no prazo de 15(quinze) dias. Aplicando-se, então, ao processo o rito ordinário (CPC, art. 931). [...] (grifos nossos)

Note-se que em momento algum – na citação jurisprudencial supramencionada e em nenhum momento nos demais trechos não citados da mesma - se faz referência ao direito à moradia de forma expressa, conforme

preceituam as diretrizes de direitos humanos incorporados à constituição, apesar da permanência das famílias na localidade há vinte anos e de forma mansa e pacífica.

A mesma sentença justifica que a retirada deve ser feita por descumprimento da área de proteção permanente conforme Código de Águas e Código Florestal. No entanto, vale salientar que os conjuntos habitacionais serão construídos no mesmo local e algumas unidades quase que dentro do canal que corta a área, fato que sequer preocupou – ao menos em nível da sentença prolatada – nosso douto Judiciário.

A sentença em exame não faz nenhuma referência ao Estatuto da Cidade, lei de caráter infraconstitucional que regula a implantação de projeto em área de urbanização precária e, no que concerne ao quantum pago pelo município, valor esse tutelado pelo Judiciário, diante da alegação de falta de recursos do tesouro municipal destinado ao aluguel de casa provisoriamente, não o interpretou o poder decidido tal valor como uma afronta à garantia imediata dessas famílias de sair de área degradada, reforçando, mais uma vez, não só a violação do direito à moradia, mas aos direitos individuais e coletivos da comunidade atingida em ter habitação provisória adequada.

Quanto às cautelas para retirada das famílias alega-se, nos autos, que a população local deve ser retirada com “circunspeção e moderação” e se atendo às “garantias constitucionais” [destaquei].

Ora, o uso desses termos, vagos e genéricos e que nada acrescentam à sentença, do ponto de vista social cumprem papel importante: eles visam justificar uma decisão cuja natureza, embora aparentemente privatista, é de eminente caráter coletivo pois que os atingidos de forma deletéria, pela mesma, são mulheres, idosos, menores.

Ressalta-se também que, na maioria desses casos – e nesse, especificamente - não se considera a medida provisória nº 2.220/2001, no seu art. 1º, a qual estabelece que:

Aquele que, até 30 de junho de 2001, possui como seu, por cinco anos, ininterruptamente, e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia, ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Veja-se que a própria legislação já tem avançado em matéria relacionada ao direito à moradia quando aplica a lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade. Tal legislação irá prever como diretriz, dentre várias, no art. 2º, inc. XIV:

Regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Já em outra decisão do TJPE, esta no processo nº. 0003567-82.2010.8.17.0990, em ação movida para reintegração de posse em desfavor de moradores de baixa renda da localidade de Jardim Brasil e Ilha do Maruim – (Unidade de Esgotamento 06 e 08), no Município de Olinda, os mencionados moradores estavam, então, em processo de retirada em razão de projeto de Urbanização do Plano de Aceleração e Crescimento - PAC, para intervenção em favelas e saneamento integrado e, por conseguinte, o entendimento da decisão de 14.05.2010, chama atenção por se colocar no mesmo sentido da sentença anteriormente mencionada:

[...] A área identificada como a de ocupação subnormal, sem estrutura de saneamento, licença ou concessões, é de domínio público a teor do Código das Águas, Art. 11 c/c Art.14, e do teor do CCB, art. 99, I. Tratando-se de área reservada que margeiam os canais, tem caráter perpetuo e erga omnes, sendo de preservação dos recursos hídricos (Código Florestal, Art. 2º, pu). Continuando, relata que a área está encrava em Zona de Proteção Ambiental nas margens do Canal da Malária, conforme Plano Diretor - L Municipal 026/2004. Assim, objetivando resguardar direitos, requer antecipação de tutela c/c demolitória a teor do CPC, Art. 273, c/c Art. 461-A [...].

Mais uma vez a decisão, em momento algum, faz referência a preceitos fundamentais que garantam o direito à moradia, nem ao Estatuto da Cidade, limitando-se a formalização de preceito legal que, de forma geral, exige a retirada 99 das famílias de imediato sem considerar que se trata de população de baixa renda de caráter social pungente, relacionado à moradia digna.

Ora, em assim sendo, desconsiderar que – em tais circunstâncias – o olhar do direito deveria ser feito levando em conta os valores sociais que o mais liberal ordenamento jurídico, contemporaneamente, já leva em conta, sem deixar de abdicar de sua fé e matriz liberal.

Inclusive, é assim que tem entendido o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em julgado que se menciona abaixo:

A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças. (RSTJ 4/1554 e STJ-RT 656/188). [destaquei].

Assim também tem entendido o Min. Sálvio de Figueiredo, no julgado 26/378:

A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil. (...) Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando “ contra legem “, mas pode - e deve - por outro lado, optar pela interpretação que melhor atenda às aspirações da Justiça e do bem comum.

Não obstante, o TJPE perfilha entendimento contrário, indo mais além e liminarmente decidindo pela retirada das famílias sem considerar que se trata de posse velha e que toda dinâmica de sobrevivência daquelas famílias estão relacionadas com a localidade. Vejamos outro trecho da decisão:

[...] O município autor motiva pedido na moléstia concreta da sua posse, com a efetiva privação do bem descrito, na violação interesse público predominante e no impedimento à intervenção Administrativa. Pretende que seja reintegrada na posse da área sabidamente de domínio público. Importa salientar, ab initio, que em se tratando de bens públicos não se discute se a posse é velha ou nova, posto que matéria de direito administrativo, aplicando-se apenas a questão da posse subsidiariamente as disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil pertinentes aos requisitos para reintegração liminar da posse, considerando para tanto os rt.99, 273c/c Art.461-A.[...]

Na contramão da decisão, se posiciona o voto da Ministra Elaine Harzheim Macedo que transcrevo, para demonstrar o padrão de argumentação central nessas lides:

[...] Certo é que o Poder Público não precisa deter fisicamente a posse ou habitar e praticar atos de vigilância permanentemente, mas há de dar uma destinação, até mesmo na forma de um projeto concreto, do contrário, não há que se falar, pelo menos em um primeiro momento e em sede de liminar, na prática de esbulho por quem enfrenta verdadeiro estado de necessidade, ausente o direito à moradia, assegurado pela própria Carta Magna no seu art. 6º, no capítulo “Dos Direitos Sociais”, a ser providenciado pelo Poder Público. Daí, mostra-se contraditório que um órgão público, responsável pelo incremento da política habitacional do Estado, omissa em relação a uma área, desocupada há mais de 15 anos, realizando somente estudos sobre a futura ocupação esteja agora a impedir e exigir pronta resposta, na

forma de liminar, visando ao desalojamento das famílias e sem apontar qualquer outra alternativa.[...] Agravo Improvido. (Agravo de Instrumento Nº 70013770417, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 23/03/2006).

A esse propósito, ainda que com risco de se alongar, é importante mencionar outro trecho da decisão do TJPE o qual diz o seguinte:

[...] Por outro lado, é de se ver os anseios dos réus, muitos abaixo da linha de pobreza, que, embora desacompanhados de advogado, fizeram constar no termo de audiência a queixa unânime sobre o valor ínfimo do auxílio moradia, dos atrasos constantes das demais obras e tamanho insatisfatório das unidades habitacionais.[...] (grifo nosso)

Muito embora a magistrada cite a precarização dos réus, ela se mantém distante em aplicar os preceitos de direitos sociais, reiterando a violação de direitos, sob um discurso de justificação centrado na suposta impossibilidade do Estado em concretizar garantias constitucionais de caráter material que implicam, portanto, em custos materiais e opta pela política de estipular um valor exíguo de auxílio moradia, ratificando deslocamento para unidades habitacionais minúsculas destinadas a famílias que na retórica dos tribunais são chamadas de “adensadas”, ou quando promove a retirada forçada para casas alugadas em áreas muito precárias por conta do valor real do auxílio moradia ou para abrigos públicos nos casos de retirada forçada, agravando ainda mais a precarização daquelas famílias.

A doutrina mais autorizada sobre o tema, do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau aponta que:

Não se pretende, nisso, atribuir ao Judiciário o desempenho de funções que são próprias do Legislativo – ou seja, a de produção de ato legislativo – ou mesmo do Executivo – ou seja, a de produção do ato administrativo. O que se sustenta – e, no caso, sob o manto do princípio da supremacia da Constituição – é, meramente, cumprir ao Poder Judiciário assegurar à pronta exequibilidade de direito ou garantia constitucional imediatamente aplicável, dever que se lhe impõe e mercê do qual lhe é atribuído o poder, na autorização que para tanto recebe, de, em cada decisão que a esse respeito tomar, produzir direito (GRAU, 1997, p. 336-337).

Assim, as ações de reintegração de posse no ordenamento jurídico brasileiro acabam por ser usadas como meros instrumentos do direito possessório que visam a recuperar “coisa esbulhada por terceiro”, sem levar em conta nenhum dos aspectos sociais em jogo no conflito.

Mas é noutro sentido que ensina a doutrina de Orlando Gomes:

Seu fim específico é obter a recuperação da coisa. Tem todo possuidor o direito a consegui-la se da posse for privada por violência, clandestinidade ou precariedade. No entanto, a dimensão da dignidade humana e a adoção 102 de preceitos fundamentais, entre eles a função social, direitos sociais, moradia digna, além de legislações específicas como Estatuto das Cidades questionam os tradicionais mecanismo de aquisição e manutenção da posse.

Note que, para ele, são requisitos para essa ação a comprovação da condição de que era realmente o antigo possuidor e do esbulho, ou seja, a ofensa que determinou a perda da posse. Também deve ser comprovada a data de ocorrência da perda da posse, conforme as mesmas recomendações do art. 927 do CPC:

Art. 927. Incumbe ao autor provar: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração. (grifo nosso)

O que se quis evidenciar, portanto, e já em sede final desta dissertação é que, via de regra, nessas questões, o judiciário - diante do entrecchoque do apego a um formalismo abstrato e a necessária concretização de direitos fundamentais, dos quais o direito à moradia é dos mais relevantes – com raras e honrosas exceções –, esconde-se por trás de uma retórica interessada, manejando lugares-comuns claramente ideológicos e interessados, tais como a chamada “reserva do possível”, ignorando que em matéria de atividade judicial a realidade social não pode ser ignorada e o cerne da atuação do juiz deve ser focada na efetividade da lei e não na sua imolação no altar da abstração.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Cortés Luiz. La vivienda como objeto de comprensión. In: ALCATÁ, Cortés L. (Comp.) **Pensar la vivienda**, Talasa, Madrid, 1995.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **Teoría de las necesidades humanas**. Barcelona, Icaria: Fuhem,. D.L., 1994. (Colección Economía Crítica).

FERNANDES, Edésio. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do direito urbanístico no Brasil. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.), **Estatuto da Cidade comentado: Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

KRELL, Andréas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. 116

_____. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial de prestação dos serviços públicos (uma visão comparativa)**. Brasília, a.36, n.144, out/dez.1999.

MARICATO, Ermínia. **Habitação e cidade**. Série Espaço & Debate. 3 ed. São Paulo: Atual, 1997.

PISARELLO, Gerardo. **Vivenda para todos: um derecho em (de)construcción**. Barcelona: Icaria Editorial, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, ano 1, v.1, n. 1, abr. 2001. Salvador – Bahia – Brasil. Disponível em <www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf> . Acesso em 07. jan.2013.

SARMENTO, George. Direito à habitação adequada: o desafio da efetividade e o discurso no judiciário. *IN: SILVA, Artur Stamford da (Org.). O judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos*. Recife: Universitária da UFPE, 2011.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades**. Disponível em: <http://www.usp.br/fau/docentes/deprojeto/j_whitaker/artigos.html>. Acessado em: 08.dez.2015.

SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Malheiros,1997.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo, 2005.

SPICKER, Paul. **The welfare state: a general theory**. Londres: Sage, 2000.

A TUTELA PROVISÓRIA E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Antônio José Souza Bastos¹

RESUMO

Este artigo objetiva tratar da tutela provisória e das inovações trazidas pelo novo código de processo civil, como forma de provocação jurisdicional na solução de casos em que se tem o tempo como inimigo, bem como dos requisitos para a concessão de tutelas, que comprovam a urgência. Para tanto, fez-se indispensável, inicialmente, explanar a evolução histórica das medidas liminares, trazendo conceitos, a distinção entre medida cautelar e tutela antecipada. E por fim, as medidas de urgências e as principais inovações trazidas pelo novo código de processo civil.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. *Fumus boni iuris*. *Periculum in mora*. Liminar. Tutelas.

ABSTRACT

This article aims to address the interim protection and innovations brought by the new civil procedure code, with application of the prima facie case appear and periculum in mora as a form of legal challenge in cases of solution where you have the time as an enemy, as well as requirements for the granting of guardianships, which prove the urgency. To do so, it is essential, initially, to explain the historical development of preliminary injunctions, bringing concepts, the distinction between injunctive relief and injunctive relief. Finally, measures of emergency and the main innovations brought by the new civil procedure code.

Keywords: New Civil Procedure Code. Prima facie juris. Periculum in mora. Injunction. Guardianship.

1 INTRODUÇÃO

É na fonte do Direito Romano, especificamente na Roma Antiga, que surge o Instituto das Tutelas de Urgência a qual fazemos uma contextualização da evolução histórica da sociedade, as transformações e sua adequação nas diversas áreas, quais sejam: econômicas, sociais, políticas e em especial a jurídica, esta última a qual dar-se maior ênfase a presente monografia.

¹ Docente do curso de Direito da Faculdade Metropolitana de Camaçari – FAMEC, Mestre pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal da Bahia – UFBA e Especialista em Direito Médico.

Para tanto, é necessário adequar as Leis e os procedimentos jurídicos às novas exigências diante das diversas formas de conflitos de interesses e desafios apresentados na sociedade, com vistas à garantir o equilíbrio indispensável para assegurar o provimento judicial.

Bem por isso, há uníssono clamor de que os processos sigam etapas, quais sejam: de conhecimento, execução e decisão, possibilitando dessa forma a concretização dentro dos ritos específicos a efetividade jurisdicional. Ante o surgimento de determinado conflito, podem as partes recorrerem ao poder judiciário, com o fito de assegurar a efetivação da satisfação de determinado direito material.

Sendo o processo em fase, para que o direito substancial invocado, possa ser provido antes da decisão final, faz-se necessária a demonstração da plausibilidade do bom direito (*fumus boni iuris*) e o perigo do seu perecimento (*periculum in mora*), ante a morosidade processual.

Com a utilização da metodologia descritiva analítica, desenvolvida por meio de pesquisas bibliográficas, o presente trabalho tem como objetivo analisar a importância das ações antecipatórias quando presentes os requisitos assecuratórios face ao perigo de perecimento de determinado bem ou dano de difícil reparação. Assim, este artigo está estruturado em três partes.

Na primeira parte será apresentado a evolução histórica das medidas liminares especificamente no direito processual brasileiro, sua origem, conceitos e teorias, discorreremos sobre os pressupostos às espécies de antecipação de tutela “*fumus boni iuris e periculum in mora*”, conceitos, requisitos, assim como a natureza jurídica desses institutos. Feito de forma a dialogar com os principais doutrinadores, jurisprudência e o Código de Processo Civil.

Na segunda parte será feita a distinção entre medida cautelar e tutela antecipada, apontando conceitos e consequências processuais na concessão das medidas liminares, verificando seus objetivos e a possibilidade de suspensão da tutela então concedida.

A terceira parte foi especialmente reservada às medidas de urgências e as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil. E por fim, apresenta-se as considerações finais.

2 AS MEDIDAS LIMINARES NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

2.1 A Liminar

O termo liminar é de origem latim (*liminares*, de *limen*), que indica algo a se fazer inicialmente, ou ainda se trata de uma ordem judicial (ato) que resguarde direitos em determinada demanda, antes da decisão de mérito da causa.

Por esta razão Daniel Amorim¹, adverte que o termo equivocadamente pode ser utilizado como espécie de tutela de urgência satisfativa ou para designar o momento da concessão de uma espécie de tutela de urgência. E ainda segundo o reportado autor, no momento anterior à adoção da tutela antecipada no sistema processual brasileiro, as liminares eram consideradas uma espécie de tutela de urgência, a única forma prevista em lei para a obtenção de tutela de urgência satisfativa.

O Dicionário Jurídico Brasileiro – (ST² ^{CP}) conceitua que medida liminar é a decisão que analisa um pedido urgente. É uma decisão precária, uma vez que a medida pode ser revogada e o direito sob análise pode ou não ser reconhecido no julgamento de mérito da causa.

Por oportuno, convém assinalar o art. 804 do CPC no que tange a expressa previsão de liminar, qual seja considerada tutela de urgência satisfativa, assim apresenta o dispositivo:

“É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”.

No que tange as obrigações de fazer ou não fazer, no processo de conhecimento, poderá ainda o juiz conceder a tutela liminar, desde que haja a possibilidade de a medida ser revogada ou modificada, aliás, é requisito para a concessão das liminares, vejamos o que prever o artigo 461, § 3º: “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

1

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 7 ed. revr., atual. e ampl.

²Portal do STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=L&id=185>>.

2.2 Fumus Boni Iuris e o Periculum In Mora

Fumus boni iuris epericulum in mora, expressões latinas, que significa aparência do bom direito, ou no termo técnico jurídico plausibilidade do direito, e o perigo na demora, ou ainda perigo de danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Wander³ define ainda, que a expressão *fumus boni iuris*, traduz em uma cognição sumária, não exauriente, incompleta, superficial ou perfunctória.

Onde há fumaça há fogo! Assim é o jargão popular. Quando dito dessa forma, entende-se que todos os indícios, levam a crer, que o pretense direito requerido antecipadamente, será confirmado quando no final do processo, na decisão definitiva.

Do exposto, Neves⁴, ainda conclui que há uma importante distinção nos requisitos (aparência do direito) para a concessão de tutela cautelar e a tutela antecipada, sendo para esta a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, quanto para aquela, tem como requisito o *fumus boni iuris*.

O que se vê, o Estado, diante de uma provocação jurisdicional, busca solucionar a lide, como já sabemos, através da propositura da ação, utilizando do instrumento necessário (processo), que por vez segue um procedimento, formalismo, e a depender do objeto da ação, este não suportará ao trâmite sistemático processual de uma demanda, o que poderá agravar ou gerar um dano irreparável.

É unanimemente, o pensamento dos melhores doutrinadores, recepcionado pelo Superior Tribunal de Justiça, que, o titular de uma ação, possa se valer dos mecanismos legais que lhes assegure não somente a tutela formal, como também uma proteção real, eficiente.

Eis que, dentro dessa mesma linha de pensar, no tocante a tutelas de urgência, (diz-se das medidas que tem como características o *periculum in mora*), ou seja, medidas que tem por finalidade minimizar os possíveis danos em decorrência da morosidade excessiva na prestação jurisdicional, justifica, a grande importância da antecipação das tutelas conforme artigo 273 do Código de Processo Civil.

³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais**. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.3.

⁴ NEVES, loc cit.

Conforme dissemos ainda a pouco, da grande importância da antecipação da tutela, quando presentes os requisitos que comprovem a urgência para obtenção dos efeitos da tutela, cabe transcrever o artigo 273, vejamos: “O juiz poderá, à requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”; e seus incisos: “I - Haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - Fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

Assiste razão afirmamos que o legislador estava certo quando disciplinou como pressupostos para a concessão de tutela liminarmente, o requerimento da parte, isso denota, que em regra, ao magistrado não caberá conceder liminar quando não houver o requerimento do autor.

E mais, Dinamarco⁵ extrai da literalidade do artigo 273, que coaduna com a doutrina majoritária, entendem que, tratando-se a tutela antecipada de espécie de tutela que beneficia diretamente o autor, que poderá com a sua concessão aproveitar-se do bem da vida como se tivesse ganhado a demanda, cabe somente à parte pedir expressamente a proteção jurisdicional.

Já para Neves⁶, deixa claro nas palavras uma certa simpatia na possibilidade, ainda que excepcional, da concessão de tutela antecipada de ofício, “[... quando a omissão do juiz resultar no perecimento de direitos indisponíveis, nem sempre defendidas em juízo por seus titulares, como ocorre no processo coletivo...].

Convém declinarmos ainda, que se faz necessários como pressupostos, os requisitos positivos para a concessão das tutelas antecipadas, (da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu), assim como o requisito entendido como negativo, a possibilidade de reversibilidade da tutela antecipada.

⁵ DINAMARCO, apud Daniel

⁶ NEVES, *op cit*, p.1342

3 DISTINÇÃO ENTRE MEDIDA CAUTELAR X TUTELA ANTECIPADA

De antemão, convém conceituar de forma a fazer a distinção entre os dois institutos. Assim, Medida cautelar é, portanto, o instrumento que assegura futura eficácia da tutela definitiva (satisfativa). É uma tutela definitiva não satisfativa (com efeitos antecipatórios).

De outro modo, embora distintas, para o prof. Elpídio Donizetti⁷, ambas derivam de um mesmo gênero, assim, define a tutela antecipada, como o adiantamento dos efeitos da decisão final, a ser proferida em processo de conhecimento, com a finalidade de evitar danos ao direito subjetivo da parte.

Dadas as considerações, podemos ainda dizer que, para a concessão dessas medidas, há requisitos indispensáveis, quando o provimento for apreciado, tendo como ponto importante o requerimento da parte, o que termina por vedar a concessão *ex officio*.

Por oportuno, convém assinalar, que diante de traços peculiares entre a Medida Cautelar e a Tutela Antecipada, há pontos muito próximos, que terminava por conduzir os operadores do direito ao erro, ou simplesmente, requerendo uma medida pela outra.

Neste diapasão, o legislador tratou de esclarecer o equívoco, inserindo um parágrafo, trazendo, portanto, a fungibilidade entre os dois institutos, o que leva a extrair do dispositivo, que, presentes os pressupostos, poderá o juiz deferir de forma antecipada a medida cautelar, com o objetivo de dar efetividade ao processo.

Vejamos o que prevê o § 7º do art. 273: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Recorrendo aos ensinamentos Cândido Rangel Dinamarco⁸ (2007, pgs. 70-71), que faz uma crítica, se manifestando da seguinte forma, no tocante ao § 7º do art. 273 do vigente Código: “(...) o juiz somente autorizaria a receber como cautelar uma demanda proposta com o objetivo de antecipação dos efeitos da sentença de mérito, e não ao contrário. O jurista entende que por se tratar de fungibilidade esse intercâmbio deveria acontecer para as duas medidas sem distinção”.

⁷ DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**, 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

⁸ RANGEL DINAMARCO. Cândido. **Nova era do Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Dito isto, para Donizetti ⁹, não há necessidade de instauração, de processo autônomo para deferimento de providência de natureza cautelar, quando formulado a título de antecipação de tutela no bojo da petição inicial ou mesmo no curso do procedimento, desde que presentes os pressupostos de concessão.

Neste mesmo contexto o professor Alexandre Câmara ¹⁰, descreve que a tutela antecipada é uma espécie de tutela jurisdicional satisfativa, prestada em regra no bojo do processo de conhecimento (independendo, assim, de processo autônomo), e que deve ser concedido com base no juízo de probabilidade, ou seja, uma espécie de tutela jurisdicional sumária. E, nas palavras de Câmara, a antecipação da tutela jurisdicional pode ser total ou parcial, ou seja, o juiz, ao início do processo, e com base em cognição sumária, poderá conceder desde logo tudo aquilo que o autor pleiteou, ou apenas parte do que fora pedido.

Ainda trazendo diferenças, há de se falar que as Tutelas Jurisdicionais Antecipatórias que podem ser ainda definitivas ou provisórias, satisfativas ou não.

Do exposto, resume-se que a tutela definitiva é aquela com base em cognição exauriente, onde o estado-juiz ao concede-la, terá fundamento em análise rigorosa do processo, garantido sobretudo o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Assim poderá produzir efeitos de coisa julgada material.

Já dissemos, de forma sucinta que a tutela definitiva pode ser satisfativa ou não, pois bem, a tutela definitiva satisfativa nas palavras de Fredie ¹¹, é aquela que visa certificar e/ou efetivar o direito material discutido. Predispõe-se à satisfação de um direito material com entrega do bem da vida almejado.

Em que pese, as delongas processuais, e os maléficis do tempo (*periculum in mora*) para a obtenção de uma tutela satisfativa, o legislador, buscou uma forma de assegurar o direito afirmado, surgindo então a tutela não-satisfativa, com a finalidade de neutralizar os efeitos degradantes do tempo, e assegurar uma futura satisfação.

⁹ DONIZETTI, Elpidio. op. cit..

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1

¹¹ DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 7.ed. Salvador: JusPodivw. 2012. v.2.

A tutela provisória por sua vez, é aquela em que há eficácia imediata à tutela definitiva, seja ela satisfativa ou não satisfativa, notadamente deverá ser substituída pela tutela definitiva (confirmada, modificada ou revogada). Em relação ao maléfico do tempo, Bedaque¹² (2001, pg. 113) traduz da seguinte forma: “o tempo decorrido entre o pedido e a concessão da tutela satisfativa, em qualquer de suas modalidades, pode não ser compatível com a urgência de determinadas situações, que requerem soluções imediatas, sem o quê ficará comprometida a satisfação do direito”.

E, assim, por se dizer, provisória, a tutela necessariamente deverá ser confirmada definitivamente, modificada ou revogada, haja visto, esta ter sido concedida fundada em cognição sumária e precária, de fato inapta a tornar-se coisa julgada material. Não se deve desprezar, que, mesmo inexistindo o *periculum in mora*, a tutela antecipada poderá ser concedida, desde que fique caracterizado o abuso de defesa ou o manifesto propósito protelatório.

Já dissemos anteriormente, de forma não expressa, que os pontos de tangenciamento entre os dois institutos, traz uma espécie de confusão, de forma a equivocar os operadores do direito, quando no requerimento da tutela. Bedaque¹³ (2009, p. 127), parece não concordar com a maioria dos doutrinadores, para ele, cautelar seria gênero, do qual a tutela antecipada seria espécie:

4 AS MEDIDAS DE URGÊNCIA (LIMINARES) E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ao longo deste estudo, discorreremos sobre as medidas de urgências previstas no Código Civil de 1973, suas finalidades, requisitos, pressupostos, avanços relativos à celeridade e à efetividade do processo, tal como ocorreu em 1994, quando, o legislador tratou de imprimir um escopo mais aprimorado, autorizando a antecipação da tutela no curso da ação principal.

¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹³ DIDIER, op cit.

O Direito em si, reflete mudanças culturais e comportamentais da sociedade, a velocidade dos acontecimentos, a busca à solução de problemas inerentes ao contexto social, justifica o direcionamento ao qual o Novo Código de Processo Civil vem transmitir, com o objetivo de estabelecer um sistema mais simplificado, evitando, os equívocos processuais ora existentes, no então vigente código. Neste sentido, o Código de 1973, prevê os três tipos de processo: o de conhecimento, o de execução e o cautelar, este último, o reformador, optou por extingui-lo, não havendo, portanto, o processo cautelar no Novo Código.

Com a nova sistematização, há, portanto, a unificação do regime para a concessão de tutela cautelar e satisfativa, estabelecendo os mesmos requisitos para ambas, ou seja, a probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Aprofundando um pouco mais, o Novo Código, não deixou de prever, que, não há mais a necessidade de um processo cautelar autônomo, permitindo que as medidas, sejam, portanto, pleiteadas tanto quanto deferidas na ação principal.

Neste sentido, Wambier¹⁴ leciona que não há mais que se falar em processo cautelar, existindo, a partir de então, atividades jurisdicionais, anteriores ou concomitantes ao processo de conhecimento, voltadas às mesmas finalidades historicamente consagradas para o processo cautelar. Contudo, conforme ainda o reportado autor, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, são requisitos para a propositura da ação cautelar; para a concessão de liminar, e são, também, requisitos para a obtenção de sentença de procedência, e permanece como requisitos para o pedido de tutela provisória de natureza cautelar no Novo Código.

Como já observado, os requisitos para concessão das tutelas, funda-se na prova inequívoca da verossimilhança da alegação, para a concessão de tutela antecipada, e no *fumus boni iuris* para a cautelar. Sendo assim, para Neves, essa distinção irá desaparecer no Novo Código.

Pois bem! Para Neves, igualará o grau de probabilidade de o direito existir para a concessão de qualquer espécie de tutela de urgência, independentemente de sua natureza. Assim sendo, a tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciam a probabilidade do direito.

¹⁴WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil** : processo cautelar e procedimentos especiais. 14.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.v.3.

Já para Luiz Guilherme Marioni¹⁵, o Código de 1973, com rigor e conservadorismo o legislador enaltecia o processualismo científico, ou seja, fazia uma separação, de um lado a atividade de *cognição* e de *execução* em dois processos distintos e de outro os *providimentos provisórios* do processo cautelar dos *providimentos definitivos* dos processos de conhecimento e de execução.

Contudo, no Novo Código, tratou da tutela provisória (Livro V), como técnica antecipatória, podendo ser requerida de maneira *incidental* ou *antecedente*, tanto no procedimento comum como para qualquer outro procedimento.

Outro destaque que cabe ser feito, é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada concedida nos termos do art. 303, em caráter antecedente, sempre que não houver impugnação. É o que prever no art. 304. Assim sendo, se a tutela antecipada é concedida e o réu não se opor, a decisão se estabiliza e autoriza desde logo a extinção do processo.

Por fim, mister se faz trazer a luz, as palavras de Marinoni (2010, pg. 106)¹⁶ sobre o Projeto do Novo Código, que se manifestou da seguinte forma: “Reconheceu-se, na esteira do que sustentamos a muito tempo, o fato de a tutela antecipatória fundada no perigo e de a tutela cautelar constituírem espécies do mesmo gênero: tutela de urgência. Seguindo esta linha, o Projeto propôs a disciplina conjunta do tema”.

Tutela de Urgência

Conforme já demonstrado, no Novo CPC, a tutela provisória, passou a ser classificada como gênero, e como espécies, as tutelas de urgência e de evidência. Resta assentado que a tutela de urgência antecipada é aquela em que tem por natureza satisfativa, visando assegurar, de forma imediata, concreta e efetiva o bem jurídico pleiteado.

¹⁵MARINONI, Luia Guilherme; MITIDIERO. O projeto do CPC críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010op. cit.

¹⁶MARINONI, op. cit

Como o próprio nome já diz, “urgência”, é, portanto, aplicáveis em situações que em há a exigência de providências jurisdicionais imediatas, desde que estejam presentes os pressupostos necessários para a sua concessão, ou seja, a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*), o perigo de dano (*periculum in mora*), ou risco ao resultado útil do processo.

As tutelas de urgência, em especial as requeridas no início do processo, também denominadas como liminares, são de suma importância para a efetividade do direito, e para a celeridade processual.

Por pertinente, convém abriremos um espaço para esquematização das tutelas de urgências conforme exemplifica Garcia¹⁷. Vejamos: Tutela provisória de urgência; Tutela provisória de evidencia. Sendo que a tutela de urgência, pode ser ainda, cautelar ou antecipada, assim sendo, há, portanto: Tutela provisória de urgência cautelar; Tutela provisória de urgência antecipada.

Que para além disso, as tutelas de urgência podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental, o que demonstra então que: Tutela provisória de urgência cautelar antecedente; Tutela provisória de urgência cautelar incidente; Tutela provisória de urgência antecipada antecedente; Tutela provisória de urgência antecipada incidente; Tutela provisória da evidência.

Restou assentado que as tutelas provisórias, se caracterizam por uma cognição rasa e sumaria, motivo pelo qual poderá ser modificada ou revogada a qualquer tempo, até mesmo *ex officio*, desde que por meio fundamentado. Lecionando sobre o assunto, Garcia¹⁸ se manifesta que, (...) a tutela provisória em sentido amplo, conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Ainda mais que a medida se caracteriza pela provisoriedade, justamente por falta de aprofundamento na cognição.

Como se verifica, no Artigo 301, § 1º, para a concessão da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcimento de possíveis danos que o réu, porventura venha sofrer, está poderá der dispensada, se verificado a impossibilidade da parte.

17

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Novo Código de Processo Civil**: principais modificações. Rio de

¹⁸GARCIA, op cit.

Tutela da Evidência

Trazendo o conceito da tutela da evidência, significa dizer, que aquela que é dada após se constatar a evidência do direito alegado, ou seja, não há discussão sobre o direito que se quer ver protegido imediatamente, assim dizendo, há desde logo a constatação de plano do direito alegado.

Em palestra conferida no Congresso Brasileiro sobre o Novo Código de Processo Civil, o desembargador do Rio de Janeiro Aluisio Mendes¹⁹ (2015), explica que a tutela de evidência será concedida (...) quando “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte ou ainda se as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada com julgamentos de casos repetitivos ou em súmulas vinculantes”.

Em que pese dizer, que, se para a concessão das tutelas de urgência, a cognição é sumária, na tutela de evidência é exauriente, e deve ser concedida, segundo o art. 311, quando: ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Nessa esteira disciplinou Garcia²⁰, que justamente por não se fundar a urgência, não há de se exigir o perigo de dano, mas sim, a quase certeza do direito alegado, tem natureza satisfativa, no sentido de concretizar o direito alegado. Assim, entende-se que a principal diferença entre a tutela de evidencia e a tutela de urgência está no requisito do dano irreparável ou de difícil reparação.

O parágrafo único do Artigo 278 do Novo Código, dispõe, ainda, que independerá de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob a possibilidade de incorrer multa

¹⁹

Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/28278/tutelas-de-urgencia-e-de-evidencia-sao->

²⁰GARCIA, loc cit.

diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do contrato de depósito legal ou convencional.

Em suma, desde logo, a doutrina majoritária, já vislumbra críticas à redação do caput do dispositivo, a qual sugeri outras alternativas para a previsão geral da tutela de evidência, de forma a facilitar a sua aplicação no caso concreto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Medidas Liminares, é de suma importância no ordenamento processual de modo geral, é o meio instrumental, utilizado para provocar o estado-juiz, na busca de preservação do direito material, garantindo o resultado útil e eficaz da prestação jurisdicional; em que pese o sistema processual civil, de 1973, tenha previsto a concessão de tutela antecipada, generalizando as liminares, principalmente no início do processo, demonstrando os requisitos e pressupostos específicos para a sua concessão.

Sobre este assunto, diante da provocação do Estado-Juiz, este, deverá analisar de pronto, os requisitos necessários à concessão de medida cautelar, quais sejam *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, deve, portanto, o magistrado reconhecer e estar amplamente convencido da possibilidade do risco de perecimento de pessoas e coisas.

É bem verdade, que no processo cautelar, muito se tem utilizado de forma equivocada pelos operadores do direito (advogados e juízes), não observando as minuciosas distinções entre a Medida Cautelar e a Tutela Antecipada, o que, não raro, ocorre o indeferimento do processo, embora haver a previsão do princípio da fungibilidade. Haja vista a concessão de tutelas, deverá, necessariamente, haver a possibilidade de reversão da medida, ou seja, o *periculum in mora* inverso, posto que o §2º prever que não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

O Novo Código de Processo Civil, que passou a vigorar em março de 2016, é sem sobra de dúvidas um grande avanço ao sistema processual brasileiro, pois, a sociedade em constante efervescência prestigia o tempo, a celeridade processual, em busca da efetividade do direito, sem deixar de ser preocupar com a segurança

jurídica na prestação jurisdicional, alcançando o resultado pretendido. Vimos ainda, que o Novo Código define tutelas de urgência como todas aquelas medidas que são concedidas no decorrer do processo. Haverá, portanto, a tutela provisória de urgência (cautelar e satisfativa) e a tutela provisória de evidência.

À vista disso, haverá a extinção do processo cautelar, o que, com certeza, é de grande relevância, pois, embora, extinto, continuará em outra sistematização, com a possibilidade de concessão da tutela provisória de urgência cautelar, ou seja, por natureza, que poderá ser concedida a qualquer tempo, inclusive antes da instauração processo principal (cautelar antecedente).

Finalizamos este trabalho, sem nenhuma pretensão de esgotarmos o assunto aqui abordado, isso porque, o tema é de grande importância para o ordenamento jurídico, o que necessita de um aprofundamento, até mesmo, porque, aqui foram abordadas de forma sucinta, as expectativas das inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, que entendemos como válidas, porém, sob uma análise ainda restrita, a qual buscaremos um aprimoramento posterior.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. v.1.

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 7.ed. Vol II. Salvador: Editora JusPodivw. 2012. v.2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Novo Código de Processo Civil: principais modificações**. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OAB. **Tutelas de urgência e de evidência são explicadas à luz do Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/28278/tutelas-de-urgencia-e-de-evidencia-sao-explicadas-a-luz-do-novo-cpc>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

A EDUCAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE PODE PROPAGAR AS DESIGUALDADES SOCIAIS

Arlinda Paranhos Leite Oliveira¹

A educação é um ato de amor, por isso, um ato de coragem. Não pode temer o debate. A análise da realidade. Não pode fugir à discussão criadora, sob pena de ser uma farsa. (FREIRE, 2002, p. 104)

RESUMO

Este estudo objetiva discutir a dinâmica complexa do direito à educação numa sociedade onde a dualidade de ensino impinge diferentes formas de orientar a educação daqueles que buscam a escolarização. Analisa historicamente os caminhos deste Direito Social Universal e busca demonstrar que as causas que impossibilitam a sua efetivação são de natureza multifatoriais sugerindo que a população participe dos mecanismos de tomada de decisão do Estado visando a efetividade da prestação desse serviço.

Palavras-Chave: Educação; Complexidade; Efetividade; Direito Fundamental

ABSTRACT

This study aims to discuss the complex dynamics of the right to education in a society where the duality of teaching impinges on different ways of orienting the education of those who seek schooling. Historically analyzes the paths of this Universal Social Law and seeks to demonstrate that the causes that make it impossible. Effectiveness are multifactorial in nature suggesting that the population participates in the decision-making mechanisms of the State aiming at the effectiveness of the provision of this service.

Key Words: Education; Complexity; Effectiveness; Fundamental right

¹ Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Graduada em Pedagogia pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Educação pela Universidade Federal da Bahia. Doutora em Ciências da Educação - Université de Paris VIII (1984). Pós-doutora em Ciência da Educação - Universidade de Lisboa. Atualmente é professora adjunta da Universidade Católica do Salvador, professora titular e Coordenadora Acadêmica da Faculdade Metropolitana de Camaçari; Editora Chefe da Revista TEMPO; Membro da UID OPECE - Universidade Lusófona - Lisboa; Avaliadora de Cursos e Institucional do Ministério da Educação e Cultura - MEC/Brasil. Líder do Grupo de Pesquisa Gestão Organizacional e Políticas Públicas em Educação (CNPQ). Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Psicologia e Ciências da Educação, atuando principalmente nos seguintes temas: educação, educação básica, educação inclusiva, políticas públicas, práticas psicopedagógicas, multirreferencialidade, avaliação e formação do professor e consultoria educacional e organizacional.

1 INTRODUÇÃO

A Educação é um Direito que se encontra historicamente ligado ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois é condição para o desenvolvimento da personalidade e da liberdade. É um Direito Fundamental que serve de alicerce para a fruição e exercício pleno de outros direitos como uma condição necessária.

Este artigo visa construir uma reflexão crítica sobre o projeto educacional brasileiro e as implicações resultantes do modelo adotado no contexto social. Questiona-se se a forma com que a educação vem sendo posta contribui para emancipação ou acentua as desigualdades socioeconômicas do país. Tem-se como hipótese que o modelo educacional atual termina transformando a escola em um espaço de reprodução das desigualdades, ao invés de contribuir para uma sociedade mais justa e solidária.

Inicialmente, este artigo apresenta uma descrição dos marcos históricos de afirmação do Direito à educação no Brasil e sua previsão nas constituições e demais legislações brasileiras. Neste contexto, tenta-se apresentar o Direito à Educação como um Direito Fundamental essencial para vida digna. Posteriormente, põe-se em relevo uma reflexão sobre o direito à educação frente as desigualdades sociais do Estado Brasileiro. Por fim, são feitas considerações sobre como a escola pode se tornar um espaço de perpetuação das desigualdades.

A pesquisa deste artigo se desenvolveu primordialmente através de uma revisão bibliográfica e de uma análise documental da legislação pátria no nível constitucional e infraconstitucional. Também foi realizado um estudo histórico da afirmação do direito a educação. Sempre na perspectiva de uma abordagem dialética de confrontação da teoria e da legislação com a realidade brasileira que se caracteriza pela desigualdade social. Nesta linha crítica a observação é também fonte de coletas de dados para as análises e ponderações realizadas ao longo texto.

2 A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

A menção constitucional desse Direito à Educação, no Brasil, deu-se de forma precoce. Pouco se comenta, mas, antes da chegada dos direitos denominados de segunda dimensão já existiam documentos jurídicos constitucionais que contemplavam o Direito à Instrução. A Constituição Imperial do Brasil de 1824,

mesmo que de forma retórica e pouco efetiva, inclusive em razão de condições fáticas do país, previu o acesso a instrução pública e gratuita no hall do art. 179. (BRASIL, 1824). E antes dela, a Constituição da França de 1791 contemplou a “Instrução Pública comum a todos os cidadãos, gratuita no que concerne às partes do ensino indispensáveis a todos os homens”, mesmo que por pouco tempo, uma vez que Carta Política francesa de 1795, seguramente burguesa, retirou do texto constitucional este direito.²

Com a exceção do ensino superior, cuja competência ficou a cargo do poder central (art. 34), a Constituição da República de 1891 optou por dar continuidade a um projeto de descentralização da educação que já havia se iniciado com a Lei de 1828 sobre o ensino fundamental e através do Ato Adicional nº 16, incorporado à Constituição, que determinou a descentralização da educação de segundo grau. O Brasil, desde suas origens, adota um modelo de educação dual que resultou em uma diferenciação de qualidade do ensino oferecido. Logo neste aspecto fundamental para o desenvolvimento dos sujeitos se resolveu valorizar a autonomia das unidades federadas recém-criadas, saídas da condição de províncias, regidas por oligarquias.³ Além disso, é a Constituição de 1891 que inaugura a concepção de privatização do ensino.

Portanto, é correto afirmar que o “acesso à instrução” foi o direito que alavancou o barco dos direitos sociais, estabelecendo a conexão entre o Estado Liberal e o Welfare State como bem enfatiza Norberto Bobbio ao comentar as causas do desenvolvimento do Estado Assistencial:

O direito à instrução desempenha historicamente a função de ponte entre os direitos políticos e sociais: o atingimento de um nível mínimo de escolarização torna-se um direito-dever intimamente ligado ao exercício da cidadania política.⁴

² A famosa **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**, de cunho liberal, não mencionou o direito ao ensino.

³ “O Brasil adotou o Federalismo em 15 de novembro de 1889 por força da implantação da República e pela opção que nesse momento se fez pela forma federativa de Estado. Tal decisão só foi implementada com a superveniência da Constituição de 1891. Inicia-se, então, um período em que os Estados recém-criados gozaram de grande autonomia e nem sempre dela fizeram bom uso. Na maior parte dos casos, caíram sob o governo das oligarquias locais, que se valeram principalmente da margem de poder conquistado para o exercício de uma maior dominação dos seus interesses grupais e de classe.” **BASTOS (1997, p. 293)**

⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília - UNB. 417 p. v.1.

Data vênia, o Direito à Educação só adquire notoriedade após I Guerra Mundial com o reconhecimento dos anseios sociais e econômicos de segunda dimensão, após as Constituições sociais do México 1917, da Rússia de 1918 e, principalmente, a de Weimar de 1919⁵, que obteve maior publicidade, conforme assegura Fábio Konder Comparato.

Mas foi, sem dúvida, pelo conjunto das disposições sobre a educação pública e o direito trabalhista que a Constituição de Weimar organizou as bases da democracia social. Consagrando a evolução ocorrida no século XIX, e que contribuiu decisivamente para a elevação social das camadas mais pobres da população em vários países da Europa Ocidental, atribuiu-se precipuamente ao Estado o dever fundamental de educação escolar (COMPARATO, 2011, p. 207).

No Brasil, este princípio constitucional ganha força a partir do início da década de 30 quando foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública e o governo provisório sancionou decretos organizando o ensino secundário e as universidades brasileiras, que ficaram conhecidos como "Reforma Francisco Campos". Com a Constituição Social de 1934, torna-se explícita a obrigação do Estado de manter um sistema de ensino público, gratuito, capaz de acolher a todos os sujeitos que se encontram em idade escolar desencadeando a tradição pátria de proteção de direitos culturais.

No quadro do modelo de desenvolvimento nacional após o ano de 64, a exclusão, expressão do capitalismo no Brasil, aprofundou-se. Três pontos refletem essa tendência: a forte concentração de rendas impedindo qualquer participação proporcional das classes populares nos frutos da produtividade do trabalho; o apoio aos setores de produção de bens duráveis destinados à classe média, em detrimento da produção de bens populares e da indústria de base; e a deterioração abusiva da força de trabalho através de uma diminuição da remuneração obtida pela prática do bloqueio dos salários.

Atualmente, a Educação ocupa status de Direito Social Universal de todos e dever do Estado, tal como está esculpido no art. 6 da Constituição Federal de 1988. Do ponto de vista legal e jurídico, também está expresso este direito no Capítulo III,

⁵ “Vale lembrar que a Constituição Alemã de 1919 não é a primeira de todas a cuidar da questão econômica; a dos Estados Unidos mexicanos de 1917 e a Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado, de 1918, na União Soviética, também, têm a característica de Constituições político-sócio-econômicas, seguida pela espanhola de 1931 e a nossa de 1934”. **Edvaldo Brito, Limites da Revisão Constitucional**, p. 55-56, 1993.

artigo 206, inciso IV que “o ensino será ministrado com base no princípio de gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais” (COMPARATO, 2011, p. 372). Reforçado pelo artigo 208 do mesmo capítulo que estabelece o dever do Estado será efetivado mediante a garantia de: “I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurado inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria” (SILVA, 1999, p. 845).⁶

3 O RECONHECIMENTO DA EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A doutrina é pacífica em reconhecer a Educação como um Direito Humano Fundamental. Primeiro porque materialmente a educação está intimamente ligada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que é o critério basilar para a construção de um conceito material de Direitos Fundamental (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 554). A Declaração de Direitos Humanos de 1948, nos seu art. 26 contempla o Direito à Educação, juntamente com outros direitos sociais culturais e econômicos constantes no documento, diferente de muitas Declarações anteriores exclusivamente liberais (DALLARI, 2010, p. 212-213)⁷

Os Direitos Fundamentais tendem a ser os Direitos Humanos que foram reconhecidos e positivados nas Constituições estatais como tal. Contudo, podem haver Direitos Humanos de natureza universal numa perspectiva jusnaturalista que não tenham sido positivados como fundamentais por uma determinada ordem jurídica, embora, materialmente sejam fundamentais em razão do conteúdo. Como também existem Direitos Fundamentais, alheios ao critério da Dignidade da Pessoa Humana, que constam no rol e, portanto, formalmente se inserem nesta categoria por força das circunstâncias que preponderaram no momento da manifestação do Poder Constituinte.

Mas o Direito à Educação é também formalmente um Direito Fundamental. Primeiro, porque se encontra previsto no “Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais” no caput do referido art. 6º da CF de 1988. E, mesmo que assim não

⁶ “A EC-59/2009, com nova redação dada ao inv. I do art. 208, estendeu a obrigatoriedade do ensino e sua gratuidade a toda *educação básica* que abrange o ensino fundamental e o ensino médio.”

⁷ **“Indo muito além da simples preocupação com a conservação de direitos, a Declaração faz a enumeração dos direitos fundamentais e, no art. 22, proclama que todo ser humano tem direito à segurança social e realização dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.”**

o fosse, poderia ser considerado como tal, pois a Constituição de 1988 estabelece um rol taxativo ao enumerar esses direitos:

A lista desses direitos fundamentais extrapola de um rol que se possa fazer em uma única lei constitucional, por isso que, longe de ser *numerus clausus*, tratados e outros acordos internacionais são, também, seus repositórios e são da mesma eficácia normativa, como determina, por exemplo, o parágrafo 2 do art. 5 da nossa Constituição de 1988 (BRITO 1993, p. 33).

Se a prática do sistema educativo não se submete ao princípio imposto pela Constituição, não é apenas porque a sociedade brasileira se encontra em vias de desenvolvimento econômico e social enfrentando dificuldades para responder às demandas de educação. Mas também porque o seio do modelo no qual se inscreve a economia brasileira não precisa de toda a reserva potencial da qual dispõe e cujo nível corresponde à educação mínima obrigatória. Assim, estamos no direito de afirmar que uma sociedade em vias de desenvolvimento esbarra numa desigualdade social muito mais acentuada e profunda do que a das sociedades que atingiram um estágio mais avançado de desenvolvimento econômico e social.

4 O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO FACE AS DESIGUALDADES SOCIAIS DO BRASIL

A desigualdade encontra no sistema educativo um elemento importante, não só enquanto desigualdade educativa, isto é, um patrimônio diferenciado, mas também enquanto instrumento da própria reprodução dessas desigualdades que constitui um elemento importante do sistema educativo. Resumindo, na medida em que constitui um bem distribuído de forma desigual, a educação é um elemento das desigualdades assim como também o é na medida em que produz possibilidades muito diferentes de acesso aos bens culturais e materiais. Ela reproduz essas desigualdades.

Neste particular, é significativo o conceito de Ronald Dworkin sobre as concepções de igualdade social. Para o autor, as diversas concepções sobre igualdade (absoluta, proporcional, meritória, qualitativa, estamentária, formal entre outras), ao deixarem o plano teórico e serem postas em prática sempre resultaram em desigualdades sociais, posto que as condições sócioeconômicas de cada

indivíduo influenciavam diretamente em seu prestígio e posição social, criando a desigualdade. Assim, defende o autor que o conceito verdadeiro de igualdade deve estar associado à igualdade de recursos. Segundo o autor, é somente através do acesso aos recursos mínimos necessários ao pleno desenvolvimento e prosperidade individual que se pode falar em igualdade social, posto que se permite a cada um dos indivíduos, partindo de condições sócio-econômicas mínimas, através de seu esforço pessoal, alcançar a prosperidade (DWORKIN, 1999, p. 357-375). Assim, cumpre ao Estado prover esses recursos essenciais, inclusive através de políticas públicas (ações afirmativas) voltadas a superar a transmissão hereditária da ausência de recursos, que perpetua a pobreza e a desigualdade social.

É neste contexto que a educação pública de qualidade se apresenta, como um dos principais recursos promotores da igualdade social. Ao revés, quando uma sociedade oferece a seus membros um sistema educacional dual, ineficiente e de baixa qualidade e outro de excelência (como ocorre no Brasil), acaba criando uma distinção de recursos (educacionais) tão profunda que se interpõe como obstáculo intransponível à formação de uma sociedade desenvolvida e com justiça social. Não por acaso a população carente e marginalizada brasileira é afrodescendente, o que denota a transmissão hereditária da falta de acesso a recursos mínimos, advinda do sistema escravagista.

Com essa dinâmica o imperativo constitucional encontra nessa barreira social o verdadeiro limite à sua concretização. De fato, desde os anos 30, o Estado Brasileiro é em princípio encarregado de assumir o ensino básico para todos aqueles que estão na idade de frequentar a escola obrigatória. Mas a escola particular da educação básica do ensino fundamental, que preexistia a serviço das classes favorecidas, não desapareceu com a criação do ensino público, autorizando assim, desde o início, que seja abortado um dos princípios explicitados nas intenções liberais dos reformadores do ensino nacional.

O ordenamento brasileiro não estabelece monopólio estatal da prestação educacional. A iniciativa privada pode oferecer o serviço contanto que se cumpram as normas condicionantes da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – 9.394/96 e se atenda a qualidade exigida na autorização e avaliação do curso pelo Poder Público, conforme art. 209 da Carta Magna. As instituições de ensino, embora não sejam independentes, gozam de autonomia didático-científica e financeira.

À exceção de certos casos, situados nas regiões mais industrializadas do país, produziu-se de fato um desdobramento do ensino fundamental ficando o setor público reservado a uma clientela popular enquanto o setor privado mantinha-se em vigor, para atender uma clientela de origem social mais alta. Além disso, quando o ensino público começou a responder de forma diversificada a uma classe social distinta, evidenciou-se que se tratava sempre de uma diferenciação das práticas e dos conteúdos correspondendo à situação e às perspectivas de inserção de classe da sua clientela.

Na mesma década, quando o ensino primário se instaurou enquanto sistema unificado sob a responsabilidade do Estado, a intenção de estabelecer uma escola pública que substituísse a escola particular então existente no Brasil, respondia com isso a duas grandes preocupações, a primeira explícita, de caráter político e a segunda implícita, de caráter social. Aquela decorria da necessidade de uma escola universal e pública, gratuita e única, livre de influências religiosas, raciais, dos partidos políticos etc., e capaz de assumir as bases da Unidade Nacional. Esta de caráter social respondia ao imperativo de dar à população nacional uma habilitação mínima, sobre a qual se basearia a nova ordem industrial brasileira que estava ensaiando seus primeiros passos (COMPARATO, 2011, p. 181)⁸.

Mesmo não podendo responder às necessidades de toda clientela potencial, pois esta conhecia um crescimento superior ao dos estabelecimentos de ensino público, a expansão quantitativa desse ensino não deixou de ser significativa no decorrer das últimas décadas e, principalmente, se considerarmos a expansão de regiões com atraso em relação aos estados do Sudeste e do Sul núcleo dinâmico da economia brasileira.

Nestes pólos econômicos e educacionais brasileiros (estados do Sudeste e do Sul), o sistema de ensino já está acolhendo a quase totalidade da faixa etária prevista na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional –(Lei 9394/96). Nesses estados, a preocupação com a qualidade do ensino está emergindo, enquanto que no Nordeste o debate permanece no nível da escolarização, pois grande parte da população em questão ainda não recebe “os benefícios” da educação escolar. Nesta região, o debate sobre a qualidade do ensino, principalmente sobre a prática

⁸ Fábio Konder Comparato, ao comentar que a Constituição da França de 1848 aponta para a criação do que viria a ser o Estado de Bem Estar Social do século XX, ressalva que “a orientação do ensino público, como dispõe o art. 13, não é para formação do cidadão, mas sim para o mercado de trabalho.”

escolar, é fato nas escolas particulares, destinadas às classes dominantes, o que acentua ainda mais a distância entre os dois tipos de instituições, integrantes da estrutura educacional (pública e privada).

5 A ESCOLA COMO UM ESPAÇO DE PERPETUAÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

Se há mais escolas, embora sejam em número insuficiente, elas formam menos, pois dissimulam seu papel social de discriminação e de diferenciação. A taxa de fracasso escolar cresce, não apenas em termos quantitativos, mas qualitativamente. Além do que o contingente sem acesso à escola permanece considerável. No que diz respeito à desigualdade de educação, esse contingente não recebe do sistema escolar nem mesmo o benefício de poder participar dele, pelas razões seguintes:

- No Brasil e particularmente nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste a oferta de serviços de educação permanece inferior às necessidades da escolaridade obrigatória prevista na Constituição e na lei de Diretrizes e Bases da educação Nacional (Lei 9394/96);
- A escola é percebida por uma fração da população como um benefício que fica além das suas possibilidades de acesso geral. A discriminação através da educação fica ainda mais evidente e decisiva;
- A situação de pobreza constitui uma barreira à frequência escolar. É preciso sobreviver primeiro para depois pensar na educação.

A evasão escolar apenas é uma das respostas aos mecanismos seletivos inscritos na própria estrutura escolar, mecanismos esses que atuam contra a admissão do indivíduo e se prolongam também durante sua “estadia” na escola. De fato, quando um indivíduo pertencendo às camadas populares deixa o meio familiar para ir à escola, ele se encontra frente a uma instituição organizada e regida segundo o modelo da classe média, um modelo completamente diferente daquele do seu meio de origem e que ele permanece assimilando.

Resulta, portanto, num processo de marginalização, não apenas devido ao desconhecimento dos professores no que diz respeito aos valores culturais diferentes dos seus próprios, mas também pela valorização de atitudes, de comportamentos, considerados como corretos por serem generalizados e fundamentais para o sustento do sistema sócio-cultural vigente. O currículo, os professores, o sistema educativo e a sociedade, no seu conjunto, tomam posição a

respeito do direito, da autoridade e da maneira em que se exerce, considerando o assunto como capítulo encerrado e, conseqüentemente, a maneira de punir e de recompensar, assim como as ambições intelectuais são vistas como detalhes que expressam a experiência dos grupos cujos níveis sócio-econômicos é médio ou alto (POPOVIC apud CUNHA, 1975, p. 206).

Contudo, os mecanismos de exclusão vão ainda mais longe. O ensino fundamental é obrigatório, segundo a Constituição a qual encarrega o Estado da sua execução. Isso significa que deve ser acessível para todos e gratuito. A acessibilidade não é respeitada, pois existem certas exigências que não podem ser satisfeitas pelas famílias operárias. Não raro, o trajeto a ser percorrido até a escola torna-se um obstáculo devido ao estado físico das crianças famintas, que apenas têm direito a uma refeição por dia, à noite, na volta de um dia de trabalho. Esses problemas induzem o absenteísmo dos menores, e também dos mais velhos que substituem os pais ou os adultos na tarefa de ficar com as crianças menores ou doentes e que tentam, por sua vez, ganhar algum dinheiro exercendo qualquer tipo de atividade, na meta de aumentar a renda familiar.

Mas, uma questão merece ser analisada enquanto fato significativo de uma pseudo-democratização do ensino: é o fenômeno do fracasso escolar que se tenta erradicar através de programas específicos “de educação compensatória”, a partir de vários modelos segundo o grupo gestor do momento sem considerar no mínimo um requisito fundamental que é o processo de historicidade dessas práticas. Logo, vê-se o sujeito aprendente mais uma vez sendo responsabilizado, o que significa que as deficiências encontram sua origem nos indivíduos e que o sistema de ensino tenta corrigir por atividades complementares.

Bernstein (1980) não compreende que se possa falar em oferecer uma educação complementar a crianças para as quais ainda não se ofereceu algum enquadramento escolar adequado. Tal conceito serve para desviar a atenção da organização e do contexto educativo da escola, para orientá-la em direção às famílias e a essas crianças que seriam incapazes de beneficiar-se da escola, cabendo, portanto, a esta instituição de gerenciamento acadêmico tentar oferecer caminhos possíveis de modificações destas práticas consideradas como um aporte defeituoso que o sujeito da aprendizagem detém. A criança torna-se assim “um pequeno sistema deficitário” (BERNSTEIN, 1980, p. 66).

A escola pública não precisa preocupar-se com os resultados obtidos pela maioria da sua clientela, pois sabe, desde o princípio, onde e como irão atuar aqueles que constituem a massa dos subempregados, sub-remunerados, desempregados crônicos que a economia explora para o proveito das minorias privilegiadas. Segundo Baudelot e Establet (1972), longe de ser um instrumento igualitário e de promoção social, a escola capitalista classifica os alunos em função das suas camadas sociais, graças a um processo de exclusão, ao qual apenas escapam aqueles que a escola atende: a classe dominante. Deste modo, a escola se revela como instrumento de perpetuação das desigualdades sociais. As vagas oferecidas estão em número inferior ao número de pessoas que deveriam beneficiar-se do ensino e, como se isso não bastasse, a escola elimina uma boa parte daqueles que a ela tem acesso através do fracasso e da evasão escolar.

O modo como se estrutura o sistema educativo e funcionam as escolas reflete, como diz Anísio Teixeira (1977, p. 29), defensor da democratização do ensino no Brasil, “o dualismo social brasileiro entre privilegiados e não privilegiados”. Por isso, a escola comum, a escola para todos, nunca pôde materializar-se, nem atender a todos. A escola foi e continua sendo reservada às elites. Seu programa e seu currículo mesmo nas escolas públicas acabam por atender aos poucos privilegiados que em consequência do modelo da organização econômica do país na maioria das vezes os familiares não conseguem manter os seus filhos nas instituições privadas, logo até mesmo nas escolas públicas as práticas educativas cotidianas eram e são adaptadas aos privilegiados.

Enquanto uma clientela tradicional, oriunda do mesmo meio sócio-cultural e linguístico no qual a escola organizada por uma elite encontra sua origem – isto é, a clientela das crianças “educadas”, mas também previamente formadas por cursos de alfabetização – pode aprender a ler, escrever e contar muito rapidamente, em suma, seguir o programa preconizado, “os alunos oriundos das camadas menos favorecidas não recebem o preparo exigido pelos programas escolares inspirados pela elite que domina o sistema escolar nacional”, seja no lar ou na camada social a que pertence (CUNHA, 1975, p. 122).

É evidente que esses indivíduos deverão enfrentar dificuldades de escolarização, pois não desenvolveram previamente a habilidade indispensável a uma assimilação mais adiantada de outros conhecimentos. Além disso, os indivíduos não são escolarizados simplesmente no nível institucional. Eles são pré-

escolarizados dentro da família. E quando isso não acontece, pode resultar em dificuldades frente às situações escolares. Sem dúvida, esse fator interfere na questão do preparo dos sujeitos constituindo-se em “atraso” no processo educacional ao longo da sua caminhada formacional. Tanto é verdade que a Constituição de 1988, ao mencionar o Direito à Educação, no art. 205, acentua “que é um direito de todos e dever do Estado e da família” (grifo nosso).

O mais grave é que esse atraso tende a manifestar-se de maneira cumulativa. Logo, aqueles sujeitos envolvidos no processo educativo que ficam em defasagem no início da escolaridade terão maior dificuldade de recuperá-la, pois há um traçado cada vez mais complexo no que tange a construção do conhecimento que necessita de um *a priori* que começa a se constituir enquanto requisito necessário à assimilação/acomodação dos conteúdos ao longo dos anos. Isso resulta em uma taxa de fracasso frequente e crescente, principalmente nas séries iniciais, acentuado de forma significativa conforme dados estatísticos apresentados em relação às escolas públicas quando comparadas com as escolas particulares.

O tempo necessário para uma formação mais elaborada e o nível alcançado ao final do grau de ensino encontra-se em relação direta à classe social de origem do aluno. As possibilidades de acesso ao ensino médio e ao ensino universitário são determinadas por essa origem e a redução progressiva do número de indivíduos oriundos das camadas inferiores é notável à medida que se eleva o nível de escolaridade. Geralmente, o escalonamento dos destinos escolares segue o escalonamento das camadas sociais:

a incidência dos fracassos escolares assim como a incidência das dificuldades concernentes ao desenvolvimento intelectual, nas classes sociais menos favorecidas, decorre do fato de que essas classes sociais são excluídas da herança cultural transmitida pela escola. A escola que deveria ser aberta para todos, pelo contrário, apenas favorece aqueles que já são privilegiados (BRANDÃO, 1979, p. 21).

O sistema escolar não tem como objetivo a compensação das carências culturais sofridas pelas crianças das classes menos favorecidas. A linguagem e os conteúdos trabalhados no ensino são familiares às camadas médias e altas e elaborados de maneira arbitrária, impondo-se aos indivíduos das classes dominadas, provocando a evasão escolar por um lado e o fracasso escolar por

outro. É essa a opinião de Monique Vial quando afirma que apesar do igualitarismo aparente:

[...] o sistema escolar só faz acentuar desigualdades de base que separam as crianças cujas famílias participam da herança cultural transmitida pela escola das demais crianças, as que não encontram no lar a continuidade dos problemas e das atividades desenvolvidas pela escola (BRANDÃO, 1979, p. 21).

No âmbito da ideologia escolar, o fracasso dos alunos é considerado como sendo o produto de uma falta de capacidade, seja por deficiência cultural ou individual, seja por imaturidade devido à idade. No entanto, a distância entre o que é ensinado e os interesses e experiências do aluno, ou ainda, entre a linguagem utilizada pela escola e a linguagem à qual este é familiarizado nunca foi questionada. Muito excepcionalmente, admite-se que as dificuldades nas relações aluno/professor resultam do funcionamento da sala de aula semelhante àquele dos grupos sociais. As explicações remetendo a esses fatores deixam de lado as raízes do problema, ou seja, que a escola exerce um papel no sistema de classes, no qual os interesses das classes menos favorecidas tornam-se secundários em relação aos interesses das classes privilegiadas.

A escola rejeita os menos favorecidos para os patamares inferiores da condição de cidadão, objeto da exploração econômica e da exclusão política. A experiência demonstra que os fatores atuam como mecanismos exógenos ao sistema de educacional, somam-se outros que operam dentro da escola, dificultando a progressão escolar daqueles que pertencem às camadas menos favorecidas.

O sistema escolar desempenha muito sutilmente sua função de discriminação quando exerce todo um processo de “democratização” do ensino através da oferta de oportunidades de educação a todos os indivíduos, embora não desconheça a situação de classe dos mesmos. A efetivação dessa prática seletiva e discriminatória indica não mais que uma falsa democratização do ensino e um tratamento desigual, que se veicula mediante diferentes formas de atuação nas escolas. Estas desenvolvem práticas pedagógicas diferenciadas e separam os indivíduos por diferentes classes sociais, ao mesmo tempo em que os agrega de cada uma delas. Assim, somos forçados a admitir que uma escola para os pobres e fracos, como muitas vezes afirmamos não pode reduzir-se apenas a funções de deixar de educar mas certamente irá mais adiante, em educar para ser “pobre” e “fraco”. Neste ponto, um elemento fundamental a compreender é o modo como o sistema de ensino opera

na produção, não apenas de um “menor” cultural, mas na conformação de um “fraco” submisso, cidadão de segunda classe, incapaz de rejeitar o jogo de sua própria exploração.

O aluno não é um receptor passivo. Toda a sua aquisição de conhecimentos é resultante da sua atividade, das suas motivações, das suas referências simbólicas. Logo, se a escola passa a ter uma prática que conduza à supressão de estímulos ou à repressão de manifestação de comportamento criatividade e simbolização, ela se constitui num instrumento de violência e bloqueio às simbolizações, torna-se um violento instrumento de bloqueio do processo de desenvolvimento do indivíduo. Essa situação denuncia um processo que inibe o comportamento do aluno de origem popular, inibição que irá repercutir na sua vida futura. Na realidade, a escola age como instrumento de repressão contra a participação e a criatividade do indivíduo, elementos necessários a seu próprio desenvolvimento. Esses elementos, submetidos às outras condições político-econômicas seriam, no entanto, necessárias a uma sociedade em processo acelerado de transformação como é o caso do Brasil.

Nesta perspectiva, os obstáculos ao êxito escolar das classes populares encontram-se ancorados no próprio sistema de ensino. Essa convicção autoriza a indagar como subverter este sistema educacional perverso que reproduz e perpetua desigualdades. Como fazer valer a força normativa da constituição, enquanto outros fatores reais de poder agem de modo contrário para atender interesses econômicos.

Sem dúvida, este é um dos momentos determinantes da manutenção de uma das formas de exclusão social.

[...] o discurso ideológico é aquele que pretende coincidir com as coisas, anular a diferença entre o pensar, o dizer e o ser e, destarte, engendrar uma lógica da identificação que unifique pensamento, linguagem e realidade para, através dessa lógica obter a identificação de todos os sujeitos sociais com uma imagem particular universalizada, isto é, a imagem da classe dominante (CHAUÍ, 1989, p. 3).

O modo de desenvolvimento das atividades pedagógicas nas escolas engendra fenômenos de poder nos bastidores institucionais, uma vez que a aplicação dessas práticas, estrutura, valores, percepções e possibilidades são necessariamente diferenciadas por natureza. “A escola é em grande parte uma agência de poder e para o poder, graças ao que realiza e também ao que não realiza o que diz e o que

não diz o que seleciona e o que recusa” (REVISTA EDUCAÇÃO E SOCIEDADE, 1980, p.111).

No quadro do modelo de desenvolvimento nacional praticado durante o período pós-populismo, isto é o período que se inicia após o ano de 64, a exclusão, expressão do capitalismo no Brasil aprofundou-se. Três pontos refletem essa tendência: a forte concentração de rendas que impede qualquer participação proporcional das classes populares nos frutos da produtividade do trabalho; o apoio aos setores de produção de bens duráveis destinados à classe média, em detrimento da produção de bens populares; e a deterioração abusiva da força de trabalho através de uma diminuição da remuneração obtida pela prática do bloqueio dos salários. No mesmo período, observa-se um crescimento da mortalidade infantil seguindo o período de maior crescimento econômico.

Devido ao caráter exclusivista, próprio ao processo de desenvolvimento do capitalismo no Brasil, torna-se inútil integrar mais do que uma minoria de indivíduos como força de trabalho para as atividades modernas. É importante preparar uma fração minoritária e até mesmo dar uma especialização para alguns, mas, para a grande maioria, basta transmitir habilidades mínimas, tornando-os indivíduos capazes de ler, escrever, contar, de maneira a satisfazer antes uma função ideológica do que necessidades reais de participação econômica, política e social.

O reconhecimento da complexidade do problema induz que as causas são multifatoriais. Sendo assim, diversas abordagens devem ser perseguidas com o fito de contribuir para uma maior efetividade do Direito à Educação. Numa perspectiva pedagógica seria possível trabalhar com práticas simbólicas que capacitem professores e outros agentes educacionais a lidar com as questões recorrentes. Todavia, este artigo pretende abordar aspectos jurídicos que merecem relevo nesta discussão que perpassa por uma lógica de natureza interdisciplinar.

Nesta perspectiva, a análise realizada neste estudo não se comunga com a tese que afirma que os preceitos que estabelecem direitos sociais culturais e econômicos são normas programáticas. Esta categorização, em vez de assegurar a eficácia dos direitos humanos, postula uma concepção que enfraquece a força normativa da constituição, resultando na flexibilização do direito Fundamental à

Educação que, como restou demonstrado, sempre foi desprestigiado no Brasil (COMPARATO, 2011, p. 353)⁹

Premissa de tal grandeza é incompatível com a doutrina tradicional da *norma programática*, segundo a qual os direitos econômicos e sociais, debuzados nas hipóteses normativas constitucionais, seriam, na realidade, conteúdos ético-sociais ou econômico-sociais constitutivos de programas a serem posteriormente implementados se e quando as autoridades competentes deliberarem fazê-lo. Por isso, essas hipóteses normativas não seriam, propriamente, normas, mas, simples enunciados sem natureza deôntica.

Não há, neste sentido, norma programática. Toda norma do tecido constitucional tem natureza jurídica e, por isso, participa de todas as características desse tipo de regra (BRITO, 1993, p. 51).

Por conseguinte, se a norma constitucional é cogente por si só, é preciso acionar a prestação jurisdicional, a fim de que se possa garantir a efetividade dos direitos resguardados pondo em prática a adequação da realidade frente à Constituição. Neste sentido é pertinente acionar os tribunais para que determinem a supressão da inércia estatal, uma vez que este tem o dever jurídico de prestar o serviço de instrução a todos e de forma qualificada.

“No Brasil, a inconstitucionalidade por omissão só veio a ser reconhecida expressamente na Constituição de 1988” (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 265). Para sua concretização é possível utilizar três ações constitucionais: O Mandado de Injunção, a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Assim, não temos a mínima dúvida que, caso não cumprido o dever constitucional, pode o titular do direito (um menor, obviamente representado por seu representante legal), valer-se de ação judicial competente para compelir o Estado a proporcionar-lhe o desfrute daquele bem fundamental, que é gozar da educação primária gratuita, em face da inequívoca inconstitucionalidade por omissão (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 751).

Destarte, pode e deve o Poder Judiciário tentar suprir ativamente a lacuna da prestação estatal através do exercício da jurisdição constitucional das omissões inconstitucionais. Defende-se uma vontade de Constituição para que ela se torne efetiva, mesmo sabendo que é a própria carência do direito à educação contribui de

⁹ “O mesmo deve ser reconhecido em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. A ausência ou insuficiência de garantias jurídicas para sua realização não significa que se está diante de mera exortação à ação estatal. Aliás, a grande tarefa atual dos profissionais de direito, nessa matéria, consiste em construir tecnicamente garantias públicas adequadas à realização desses direitos.”

forma decisiva para a apatia política da sociedade brasileira, inclusive por questões históricas.

Este dever do Estado também decorre de compromissos internacionais que criam obrigações como aquelas decorrentes do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais que implicam o compromisso dos países partes no tratado de combater e erradicar as desigualdades intelectuais. Este tratado foi firmado justamente para reforçar o compromisso mundial de cumprimento do Direito Universal à Educação e o Brasil já ratificou o documento desde 1992, através do Decreto 591, de modo que o descumprimento implica antijuridicidade do país. Visando garantir maior efetividade, e reconhecendo a fraqueza do sistema de sanções estabelecido no próprio documento internacional, a Resolução n. 1985/17 do Conselho Econômico Social da ONU que criou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para acompanhar e relatar o cumprimento dos acordos internacionais nesta alçada.¹⁰

Sendo assim, já se reconhece o dever jurídico do Estado de prestar instrução. Contudo, é preciso que se desenvolva a quarta etapa na relação do indivíduo com o Estado onde a população é chamada a participar da gestão, fiscalizando os orçamentos e os direcionamento das verbas, através de um processo de pulverização da democracia da forma mais direta possível. Os arranjos políticos realizados ao longo da história demonstram a fragilidade do Direito à Educação, frente uma realidade sócio-econômica desigual. Esta constatação sugere a necessidade da população se inserir nos mecanismos de apuração e tomadas de decisão do Estado diretamente como forma de zelar pela efetividade da prestação devida para que a Constituição não se torne uma mera folha de papel com preceitos nominais de pouca correspondência com a realidade. Essa perspectiva corresponde ao quarto estágio da relação do indivíduo com o Estado segundo a Teoria de Jelinek.¹¹

¹⁰ A preocupação do Brasil com o cumprimento dos compromissos internacionais, especialmente em se tratando de Direitos Humanos, fez com a Emenda 45/2004 contemplasse a possibilidade de um Tratado Internacional sobre a matéria ser incorporado ao Direito Interno na qualidade de Emenda Constitucional, preenchido outros requisitos formais de aprovação como quorum de maioria qualificada e a aprovação em dois turnos em ambas as casas, de acordo com o art. 5, parágrafo terceiro.

¹¹ Segundo a teoria dos quatro status do indivíduo frente ao Estado de Georg Jellinek existe uma linha ascendente que passa pelo estado Passivo (prestação frente ao Estado, onde o sujeito tem obediência e privação da personalidade); Negativo (liberdade frente ao Estado, onde é concedido ao sujeito uma esfera de liberdade); Positivo (pretensões em relação ao Estado onde o Estado tem deveres com o sujeito); e Ativo (prestações por conta do Estado onde o indivíduo é chamado a

A verdade é que a elaboração das garantias dos direitos econômicos, sociais ou culturais, afora o campo restrito dos direitos derivados do contrato de trabalho e da liberdade sindical, ainda está em grande parte por fazer-se. Ela deve concentrar-se em torno dos instrumentos próprios de realização de políticas públicas, que são os orçamentos. Seria preciso assim, entre outras medidas, institucionalizar a participação popular na elaboração dos orçamentos públicos, aparelhar uma ação judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas (e não apenas de leis ou atos normativos da Administração Pública), bem como reconhecer a importância do Judiciário para invalidar a aprovação de orçamentos públicos que desrespeitam as prioridades sociais estabelecidas na Constituição (COMPARATO, 2011, p. 353-354).

É necessário também se estar atento às disposições orçamentárias estabelecidas na Constituição para que os governos direcionem as receitas de forma correta. Segundo ela, na disposição deve ser feita “destinando, anualmente, a União não menos de 18% da receita de impostos, e os Estados e Municípios, cada um, no mínimo, 25% da receita de impostos” (COMPARATO, 2011, p. 353-354).

Essas são apenas algumas questões que gravitam em torno do Direito à Educação, na medida em que se reconhece a complexidade do problema e a própria correlação entre os Direitos que se complementam de modo integrado e indissociável. Enquanto a educação for desenvolvida no Brasil com base em um sistema dual de qualidade, um destinado às classes dominantes e outro destinado à maioria da população, e enquanto o contexto global da educação reproduzir em seu ambiente as disparidades entre as classes sociais, não é possível falar em uma sociedade igualitária, nem é possível imaginar que algum dia o projeto de sociedade insculpido na Constituição de 1988 vá ser atingido.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões feitas ao longo deste texto nos permite considerar que o Brasil foi um dos primeiros países a constitucionalizar o Direito à Educação prevendo o acesso a instrução gratuita no art. 179 da Constituição Imperial do Brasil de 1824,

participar do exercício político tornando-se sujeitos do Estado). **Teoría General del Estado**, p. 306. Trad. Fernando de los Rios, Buenos Aires: Albatros 1981. Já se reconhece o dever jurídico do Estado de prestar instrução. Contudo, até para que esta pretensão efetivamente ocorra, é preciso que se desenvolva a quarta etapa da relação do indivíduo com o Estado onde a população é chamada a participar da gestão, fiscalizando os orçamentos e os direcionamento das verbas, através de um processo de pulverização da democracia primando pela sua realização mais direta possível pelo cidadão.

embora esta previsão não tenha tido a efetividade de na prática garantir a consolidação desse direito para todos.

Nesse sentido, o Direito à Educação é reconhecidamente um Direito Fundamental que se encontra previsto como tal na Constituição Federal de 1988, sendo essencial a sua observância para que se cumpra a cláusula geral da Dignidade da Pessoa Humana.

A escola enquanto espaço de construção e socialização do saber pode ser também um *lócus* de empoderamento e desenvolvimento da personalidade humana, mas, por outro lado, pode ser também um espaço de reprodução e perpetuação das desigualdades quando estabelece uma estrutura defasada e realização de práticas simbólicas que reproduzem o modelo hegemônico discriminatório.

Assim vem-se observando que o modelo educacional vigente no Brasil ao invés de contribuir para emancipação social do indivíduo contribui para a perpetuação das desigualdades sociais existentes na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BAUDELLOT, Christian; ESTABLET, Roger. **L"école capitaliste en France**. Paris: Maspero, 1972.

BERNSTEIN. *In*: **Revista Educação e Sociedade**, n. 5, p. 66. São Paulo: Cortez, 1980.

BRANDÃO, Caio. **Democratização do ensino: fim ou mito?** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1979.

BRASIL. **Constituição (1824)**. art. 179: "XXXII A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos. XXXIII Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes."

BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio

CHAUÍ, Maria Helena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 1995.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histoica dos Direitos Humanos**. 7. ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade - Teoria e prática**. 3. ed., Salvador: Juspodium, 2005.

_____. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed., Salvador: Juspodium, 2011.

CUNHA, Luis Antônio. **Desenvolvimento social no Brasil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 26. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos interpretes da constituição**: contribuições para uma interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Mendis, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre : Sergio Antônio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MÜLLER, Frederich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília - UNB. v.1.

POPOVIC, Ana Maria et al. O desempenho desigual. In: CUNHA, Antônio. **Educação e desenvolvimento social no Brasil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.

REVISTA EDUCAÇÃO E SOCIEDADE. São Paulo: Cortez, n. 4, 1980.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TEIXEIRA. Anísio. **A educação não é um privilégio**. São Paulo: Nacional, 1977.

ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A MATERIALIZAÇÃO NAS AVALIAÇÕES DE DESEMPENHO E SUA CONFIGURAÇÃO COMO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Bruno Helásio Amorim de Oliveira¹

RESUMO

No presente artigo, o tema desenvolvido foi o Assédio Moral na Administração Pública: a materialização nas avaliações de desempenho e sua configuração como improbidade administrativa, tendo por escopo investigar o tema, a partir da literatura brasileira disponível. Para tanto, a metodologia utilizada caracterizou-se pela pesquisa descritiva, combinando com a pesquisa bibliográfica. Pôde-se verificar que a prática do assédio moral, consubstanciada em comportamentos hostis, humilhantes e constrangedores, prejudica a saúde mental e a integridade física do servidor público assediado, assim como pode também afetar o serviço público de forma ampla, tendo seus efeitos sentidos pela coletividade. Buscou-se demonstrar que as avaliações de desempenho do servidor, quais sejam, avaliação especial e avaliação periódica, ambas previstas no texto constitucional, são instrumentos utilizados pelo assediador, em desvio de finalidade, para prejudicar o servidor público, violando, assim, vários princípios orientadores da atuação da Administração Pública. Conclui-se que a prática do assédio moral na Administração Pública já foi tratada em algumas leis estaduais e municipais sobre o assunto, mas a iniciativa ainda é tímida, o que abre a possibilidade, segundo entendimento jurisprudencial, do assédio moral ser configurado como conduta ímproba, devendo receber as sanções previstas na Lei nº 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa

1 INTRODUÇÃO

A ideia de poder sempre esteve intrinsecamente relacionada com a conduta humana. Presumivelmente, em todas as relações humanas observa-se efeitos diversos do poder. Na relação entre pais e filhos, professor e aluno, e, principalmente, nas relações de trabalho. Como bem observa Foucault (1989, p. 183-184), “o indivíduo é o efeito do poder e, simultaneamente, ou pelo próprio fato de ser um efeito, é seu centro de transmissão. O poder passa através do indivíduo que ele constituiu”.

Nas relações laborais, onde há a existência de hierarquia, com a figura do superior e do subordinado, encontra-se terreno fértil para tais manifestações de

¹ Procurador do Município de Camaçari/Bahia. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduado em Direito do Estado pela JusPodivm. Professor de Direito Administrativo no curso de graduação da Faculdade Metropolitana de Camaçari – FAMEC.

poder, sobretudo as arbitrárias, causando prejuízos que afetam a saúde física e mental dos indivíduos. Surge, assim, a figura do insidioso assédio moral.

O assédio moral sempre existiu, mas somente a partir da década de 80 que o seu estudo passou a ter relevância entre a comunidade científica. O conceito de assédio moral (*mobbing*) foi desenvolvido pela psicologia do trabalho quando no desenvolvimento de um estudo sobre a perversidade nas relações sociais no ambiente de trabalho e as conseqüentes patologias psicossomáticas decorrentes dessa prática lamentável (MAEOKA, 2012, p. 82-83).

Ocorre que, como bem salienta Hirigoyen (2011, p. 124), o assédio moral não ocorre apenas nas relações trabalhistas privadas. Amiúde, verifica-se a sua incidência, também, no serviço público, numa intensidade maior e por um período de tempo superior àquele que ocorre nas repartições privadas.

Isto ocorre devido às peculiaridades existentes no serviço público, pois, em princípio, o servidor está protegido pela estabilidade, não podendo ser demitido, salvo por uma falta muito grave. O superior hierárquico, que muitas vezes é um sujeito sem competência para exercer o cargo, escolhido por critérios meramente políticos, por não deter o controle funcional do subordinado, se utiliza do assédio moral para subjugar, humilhar, amedrontar perseguir, coagir ou diminuir a autoestima dos servidores.

É neste panorama e diante do grande número de casos de assédio moral na Administração Pública, que o presente trabalho visa discorrer sobre o tema, sem a pretensão de esgotá-lo, pois muito ainda há que se fazer para prevenir e punir o assédio moral nas relações laborais, que tanto contribui para a degeneração da saúde física e psíquica do trabalhador.

Será apresentado propostas conceituais de assédio moral, bem como suas características e espécies. Buscará se demonstrar os prejuízos, muitas vezes indelévels, que o assédio moral causa na vida do empregado e, sobretudo, na vida do servidor público assediado, bem como os reflexos negativos no serviço público como um todo, por ferir princípios basilares da Administração Pública.

Por fim, serão minudenciados os institutos das avaliações especial e periódica de desempenho, e como podem ser utilizados, pelo assediador, como instrumentos de materialização do assédio moral contra servidor público, tratando-se, assim, de ato configurado como improbidade administrativa.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O ASSÉDIO: TRAÇOS COMUNS

A vontade do ser humano se mostra como sede de dominar, fazer-se mais forte, constranger outras forças mais fracas e assimilá-las. O homem não quer apenas conservar-se ou adaptar-se para sobreviver; ele quer expandir-se, dominar, criar valores, efetivar-se no encontro com outras forças.

Como bem observa o professor Manoel Jorge e Silva Neto, o fato do ser humano querer dominar não deve ser censurado

pois se trata de atavismo vinculado à humana condição. Dominar econômica, política ou intelectualmente; pouco importa. Referem-se tais comportamentos a dados tão indissociáveis da natureza humana que se converteria em real despropósito elaborar pesquisa científico-jurídica com o objetivo de demarcar a ilicitude da conatural tendência humana à dominação (SILVA NETO, 2012, p.24).

Nessa linha de intelecção, vale esclarecer que nem todo comportamento que exprima dominação, poder de uma pessoa em face da outra, caracteriza assédio. A prática assediante só é efetivamente verificada quando o indivíduo, valendo-se de expedientes ilícitos, utiliza desmesuradamente o seu poder para subjugar o assediado.

Pode-se citar como exemplo, o caso do empregador que tem o poder de exigir dos seus subordinados o atingimento de metas de produtividade, expedindo, para tanto, comandos ao trabalhador objetivando obter o melhor rendimento possível. Isso não caracteriza assédio, todavia, “Há limites à exigência de produtividade, tanto que o art. 483, „a”, CLT, prescreve que o empregado poderá considerar rescindido o contrato quando „forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato” (SILVA NETO, 2012, p.25).

Traçadas essas premissas e ainda recorrendo à doutrina do professor Manoel Jorge (2012, p.25-26), é possível identificar traços comuns a toda e qualquer hipótese de assédio. São eles: a) ofensa a direito fundamental; b) continuidade no tempo; c) uso desmedido do poder e/ou comportamento abusivo.

Toda e qualquer modalidade de assédio configura transgressão a pelo menos um direito fundamental.

No assédio racial, por exemplo, haverá ofensa ao direito individual à imagem-retrato, como nos casos de determinações empresariais que sujeitam os trabalhadores negros à adoção de imagem física ordenada pela empresa; assim como ofensa ao direito individual à honra objetiva e subjetiva, a exemplo da utilização, pelo assediador, de expressões que visam reduzir a dignidade da pessoa negra.

O segundo elemento citado pelo festejado professor, é a continuidade no tempo, que se consubstancia pelo comportamento assediante reiterado, que se protraí no tempo. A insistência do assediador é elemento inafastável à tipificação do comportamento assediante.

Ainda é possível mencionar, o uso desmedido do poder e/ou comportamento abusivo como elemento característico das práticas assediantes. Se não há exercício abusivo de poder de uma pessoa em face de outra, ou mesmo se não subsiste comportamento abusivo, não há espaço para considerar-se uma prática como assediante.

Fixadas essas noções iniciais, passa-se à análise do assédio moral em específico.

3 O ASSÉDIO MORAL

Ideia presumivelmente aceita por todos, nas relações de trabalho sempre há a configuração de relações de poder. Este poder se materializa pela existência de hierarquia no ambiente de trabalho, o que pode se traduzir na reprovável prática do assédio moral.

O fenômeno do Assédio Moral não é recente, embora os estudos que a ele se referem o são.

Nos anos 80, surgiram estudos da prática denominada *mobbing*, termo que vem do verbo inglês *to mob*, cuja tradução é maltratar, atacar, perseguir, sitiar (HIRIGOYEN, 2015, p.77). Tal expressão foi introduzida pelo psicólogo alemão Heinz Leymann, radicado na Suécia, que a utilizou para definir as formas severas de tratamento dentro das organizações.

Hirigoyen (2015, p.77) explica que para Leymann, “o *mobbing* consiste em manobras hostis frequentes e repetidas no local de trabalho, visando

sistematicamente a mesma pessoa. Segundo ele, o *mobbing* provém de um conflito que degenera. É uma forma particularmente grave de estresse psicossocial”.

Paralelamente ao conceito de *mobbing*, surgiu na Inglaterra o conceito de *bullying*. “Em inglês, *to bully* significa tratar com desumanidade, com grosseria; e *bully* é uma pessoa grosseira e tirânica que ataca os mais fracos” (HIRIGOYEN, 2015, p.79).

Inicialmente, o termo *bullying* era utilizado para descrever as humilhações, vexames e ameaças que certas crianças ou grupos de crianças infligiam sobre outras, estendendo-se, posteriormente, para as agressões verificadas no exército, nas atividades esportivas, entre familiares e sobretudo no ambiente de trabalho.

Nos Estados Unidos, em 1990, foi introduzido o termo *harassment* para definir o assédio como “[...] ataques repetidos e voluntários de uma pessoa a outra, para atormentá-la, miná-la, enfim, provocá-la” (HIRIGOYEN, 2015, p.81).

No Japão utiliza-se o termo *ijime* (assédio em japonês) “não só para descrever as ofensas e humilhações infligidas às crianças no colégio, mas também para descrever, nas empresas nipônicas, as pressões de um grupo com o objetivo de formar os jovens recém-contratados ou reprimir os elementos perturbadores” (HIRIGOYEN, 2015, p.83).

Assim, com terminologias diferentes e sob formas variadas de acordo com a cultura do país, o assédio moral constitui verdadeiro fenômeno social. “Nos trabalhos de pesquisa em língua inglesa, mesmo não sendo idênticos, os termos *mobbing* e *bullying* são frequentemente utilizados indistintamente [...]” (HIRIGOYEN, 2015, p.85), opção esta, adotada no presente trabalho.

Definições

“Assédio moral, *mobbing* ou *bullying* é, portanto, toda conduta ilícita consumada no âmbito das relações intersubjetivas com o propósito de, por meio de palavras ou comportamentos reiterados, diminuir a autoestima, ridicularizando e/ou atingindo a honorabilidade dos indivíduos” (SILVA NETO, 2012, p.114).

Para Marie-France Hirigoyen, assédio moral é “qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa,

ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho” (HIRIGOYEN, 2015, p.17).

Marcia Novaes Guedes, por sua vez, esclarece que “*mobbing*, assédio moral ou terror psicológico é uma perseguição continuada, cruel, humilhante e desencadeada, normalmente, por um sujeito perverso, destinada a afastar a vítima do trabalho, com graves danos para a sua saúde física e mental” (GUEDES, 2003).

Pode-se ainda dizer que o assédio moral, assim, produz no sujeito uma redução drástica de sua autoestima, gerando uma clara sensação de impotência, sendo decisivo para a sua configuração, a conduta humana reiterada, voltada a humilhar, ridicularizar ou menosprezar a vítima.

Nesse passo, da análise dos conceitos acima desposados, observa-se que no assédio moral, diferentemente de outras práticas assediadas, a ascendência ou superioridade hierárquica não é requisito para a sua configuração. “No campo das relações de trabalho, poderá provir o comportamento inadequado do empregador, preposto, gerente, diretor, ou mesmo de qualquer outro empregado que não detenha poder de direção na empresa. [...]” (SILVA NETO, 2012, p. 114).

Vale ressaltar, ainda, que o assédio moral não é exclusividade das relações de trabalho, o que reforça a afirmação de desnecessidade de hierarquia para a sua configuração.

No altiplano das relações familiares, poderá se originar o ato de assédio do marido dirigido à mulher ou dos pais em face dos filhos. Na escola, o assédio pode partir do professor para o aluno ou de aluno para aluno, caracterizando o comportamento que o médico sueco Heinemann denominou de *mobbing*. (SILVA NETO, 2012, p. 114).]

Entretanto, são nas relações de trabalho que o assédio moral tem maior incidência, pois a relação de hierarquia e subordinação dos assalariados torna o ambiente propício para a atuação do assediador.

Elementos estruturantes

Na falta de uma previsão legal genérica sobre assédio moral no ordenamento jurídico pátrio, os estudiosos indicam os elementos configuradores, de forma a permitir uma efetiva compreensão do instituto. Dentre esses elementos podem ser

citados a finalidade, o dano, intensidade da violência psicológica, a repetição, a duração no tempo e a premeditação².

Parte da doutrina aponta a **finalidade**³ em perpetrar o ato injusto e causar danos como sendo um elemento inerente ao assédio moral. Alice Monteiro de Barros (2016, p.605), por exemplo, afirma que deve haver “a finalidade de ocasionar um dano psíquico ou moral ao empregado, para marginalizá-lo no seu ambiente de trabalho”.

Outro elemento citado é o **dano**. Conforme entendimento da doutrina, praticamente não há controvérsias sobre a necessidade da existência do dano para que se caracterize o Assédio Moral (THOME, 2008, p.35). O dano que é ocasionado pelo assédio moral não se configura apenas no dano moral, pode haver dano ao patrimônio, danos à saúde, danos psíquicos, dentre outros, embora o dano moral seja o mais aceito.

Vale ressaltar que há aqueles que apontam o dano psíquico-emocional como elemento específico do assédio moral, exigindo-se, para sua apuração, um cuidado especial em razão das diferenças do ser humano em suportar as pressões e condutas hostis decorrentes do assédio moral⁴. (BARROS, 2008, p. 179)

Sônia A. C. Mascaro Nascimento (2004, p.922-930), afirma que:

a configuração do assédio moral depende de prévia constatação da existência do dano, no caso, a doença psíquico-emocional. Para tanto, necessária a perícia feita por psiquiatra ou outro especialista da área para que, por meio de um laudo técnico, informe o magistrado, que não poderia chegar a tal conclusão sem uma opinião profissional, sobre a existência desse dano, inclusive fazendo a aferição do nexa causal.

² Aqui foi necessário realizar um filtro entre as diversas classificações adotadas pela doutrina, no intuito de evitar repetições incômodas, já que se percebe, entre os doutrinadores, a indicação de terminologias distintas, para expressar um mesmo elemento.

³ Alguns falam em **intenção**, porém como afirma Candy Florêncio Thome, citando Marie-France Hirigoyen: “**Não há uma dicotomia nítida entre a existência ou não da intencionalidade**”. É comum se considerar a intencionalidade como presumida no Assédio Moral. (THOME, 2008, p.39)

⁴ **Em sentido contrário, Alice Monteiro de Barros: “Quanto ao último elemento (dano psíquico), nós o consideramos dispensável, data venia de inúmeras posições contrárias.** O conceito de assédio moral deverá ser definido pelo comportamento do assediador, e não pelo resultado danoso. Ademais, a Constituição vigente protege não apenas a integridade psíquica, mas também a moral. Ao se exigir o elemento alusivo ao dano psíquico como indispensável, teríamos um mesmo comportamento caracterizando ou não a figura ilícita, conforme o grau de resistência da vítima, ficando sem punição as agressões que não se tenham conseguido dobrar psicologicamente a pessoa. E mais, ao se admitir como elemento do assédio moral o dano psíquico, o terror psicológico se converteria em um **ilícito sujeito à mente e à subjetividade do ofendido**” (BARROS, 2016, p.605)

Importa ainda mencionar a **intensidade da violência psicológica** como elemento caracterizador do assédio moral.

É necessário que ela seja grave na concepção objetiva de uma pessoa normal. Não deve ser avaliada por uma percepção subjetiva e particular do afetado, que poderá viver com muita ansiedade situações que objetivamente não possuem a gravidade capaz de justificar esse estado de alma. Nessas situações, a patologia estaria mais vinculada com a própria personalidade da vítima do que com a hostilidade no local de trabalho. (BARROS, 2016, p.605)

Não menos importante, a **repetição**, que muito provavelmente é o elemento que melhor configura o assédio moral no trabalho. “O ato repetitivo é uma exigência da doutrina, da legislação e da jurisprudência de diversas nações para que se configure o assédio moral” (THOME, 2008, p.39)

Como já esclarecido alhures, “realmente, não se poderá cogitar jamais de qualquer assédio sem que se alie ao comportamento ilícito a prática reiterada, a que se protraí no tempo, ou simplesmente a sua continuidade no tempo” (SILVA NETO, 2012, p.25).

Assim, a **repetição** dos atos está intimamente relacionada a outro elemento, a **duração ou prolongamento no tempo**, “[...], pois episódio esporádico não caracteriza assédio moral. Mister o caráter permanente dos atos capazes de produzir o objetivo” (BARROS, 2016, p. 605).

Por fim, a **premeditação**. Em que pese não haver consenso entre os autores⁵, Alice Monteiro de Barros, afirma ser requisito essencial para a configuração do assédio moral. Essa característica, considerada como elemento formador do assédio, se torna necessária para diferenciar o terror psicológico de um ataque por impulsividade. Distinguindo-o, assim, de uma agressão pontual. Já que o assédio moral se caracteriza por sua duração no tempo, esse continuísmo se daria por uma premeditação por parte do agressor (BARROS, 2004, p. 539 – 547).

⁵ Para Candy Florêncio Thome o assédio pode ser impensado, ocorrendo normalmente de forma espontânea em situações de assédio moral na modalidade coletiva. (THOME, 2008, p.39)

Espécies (ou tipos) de assédio moral

O professor Manoel Jorge em sua obra “Teoria Jurídica do Assédio”, se refere a duas espécies de assédio moral: o assédio moral por discriminação e o assédio moral organizacional.

No assédio moral por discriminação, “o que se observa é simplesmente o comportamento ilícito dirigido a determinado indivíduo em razão de caracteres de ordem pessoal, tais como: opção sexual, opção ideológica, deficiência física, mental ou sensorial, traço estético, etc” (SILVA NETO, 2012, p. 115).

O assédio moral organizacional, por sua vez, “[...] tem por objetivo o alcance de elevado índice de produtividade do corpo de trabalhadores, convertendo-se, por isso mesmo, em problema relacionado à organização do trabalho” (SILVA NETO, 2012, p. 115).

Impende esclarecer, que a simples exigência de produtividade não caracteriza, por si só, o assédio moral organizacional. A prática assediante só é verificada a partir do momento em que há uma exorbitância nessa exigência de produtividade dos trabalhadores, sem a observância do princípio da proporcionalidade, que funciona como baliza para o reconhecimento do assédio.

Marie-France em sua classificação, fala em diferentes **tipos** de assédio. Para ela, existem quatro tipos mais comuns de assédio moral, podendo ser descendente (que vem da hierarquia), horizontal (que vem de colegas), o assédio misto e, por último, o assédio ascendente.

O assédio vertical descendente é aquele que parte do superior hierárquico em relação a seus subordinados. “A experiência mostra que o assédio moral vindo de um superior hierárquico tem consequências muito mais graves do que o assédio horizontal, pois a vítima se sente ainda mais isolada e tem muita dificuldade para achar a solução para o problema” (HIRIGOYEN, 2015, p.112).

Assevera a autora que alguns estudiosos subdividem o assédio descendente em assédio perverso, praticado com objetivo puramente gratuito; assédio estratégico, que destina forçar o empregado a pedir demissão; e o assédio institucional, que é instrumento de gestão institucional do conjunto de pessoal. Este último parece ter o mesmo significado do assédio moral organizacional apontado pelo professor Manoel Jorge em sua obra.

De toda sorte, Hirigoyen destaca ser sempre difícil distinguir as atitudes abusivas das prerrogativas da hierarquia, pois própria ideia subordinação induz a uma relação de desigualdade, de que alguns administradores embevecidos pelo poder são capazes de se aproveitar, abusando e sentindo um certo prazer em submeter o outro (HIRIGOYEN, 2015, p.113).

O Assédio Moral horizontal é aquele que ocorre entre colegas de trabalho. “Esse tipo de assédio é frequente quando dois empregados disputam um mesmo cargo ou uma promoção” (HIRIGOYEN, 2015, p.113).

Neste tipo de assédio:

[...] a conduta assediadora pode ser exercida por uma ou mais pessoas contra um trabalhador ou um grupo destes, desde que, seja este grupo determinado ou determinável, não se admitindo a indeterminabilidade subjetiva (exemplo: toda a coletividade). Afinal, a conduta hostil e excludente do assédio moral, diante de sua característica danosa, será sempre dirigida a um funcionário específico ou a um grupo determinado para atingir sua finalidade (PAMPLONA FILHO, 2006)

Outro tipo apontado é o misto. Hirigoyen destaca ser raro um assédio horizontal duradouro não se transformar, depois de algum tempo, em assédio vertical descendente, em razão da omissão da chefia ou do superior hierárquico (HIRIGOYEN, 2015, p.114).

Para Rodolfo Pamplona (2006), o assédio moral misto exige a presença de pelo menos três sujeitos: o assediador vertical, o assediador horizontal e a vítima. Pode-se dizer que o assediado é atingido por „todos os lados“, situação esta que, por certo, em condições normais, se torna insustentável em tempo reduzido.

Por fim, o assédio moral ascendente, que é aquele onde o superior hierárquico é assediado por seus subordinados.

O assédio moral de um superior por um ou vários subordinados não é levado em consideração e, no entanto, pode ser do mesmo modo destrutivo. As vítimas nesse caso não sabem para onde se dirigir para se defender – evidentemente não aos sindicatos –, mas também não à Justiça, que não leva a sério este tipo de queixa (HIRIGOYEN, 2015, p.114-115).

Assédio moral no trabalho: formas e consequências

Das lições de renomada doutrina, extrai-se que o assédio moral no trabalho pode ser praticado por uma pessoa ou por grupo de trabalhadores que por variados

motivos ou mesmo sem motivação aparente, passam sistematicamente a humilhar e provocar insidiosamente a redução da autoestima de determinado(s) funcionário(s) da empresa (SILVA NETO, 2012, p.116).

É a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comum em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéicas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego (SINASEMPU, 2015, p.04).

Inúmeras são as formas de assédio moral no ambiente de trabalho, como também são inúmeras as consequências que este tipo de violência acarreta para o trabalhador.

Entre as várias formas de assédio pode-se indicar:

as advertências devido a aquisição de direitos, os ataques repetidos com insistência, a carga de trabalho excessiva, os comentários maliciosos, o controle de idas ao banheiro, as críticas contínuas a seus atos, o desdém às doenças (comentários de mau gosto), a desestabilização psicológica da vítima, despromoção injustificada, o desvio de função, o evidenciamento sobre os erros em relação aos acertos, os atos de humilhação pública, impedir de utilizar o telefone, a imposição de condições e regras personalizadas, imposição de prazos pequenos, a manipulação de informações, as metas impossíveis de serem atingidas, o não reconhecimento de doenças do trabalho, e o não repasse de trabalho, a proibição de tomar cafezinho e a redução no horário de refeições, o programa de desligamento voluntário, a recusa de comunicação direta, a recusa em reconhecimento de diferenças pessoais, a segregação física, submissão forçada da vítima, tarefas inúteis, impossíveis ou absurdas, a troca de locais e turnos de trabalho sem aviso prévio, a vedação ao direito de expressão, e a vigilância específica (HIRIGOYEN, 2011).

Barros (2016, p. 603-604), valendo-se da doutrina estrangeira, aponta certos comportamentos que configuram **verdadeiras “técnicas”** destinadas a desestabilizar a vítima.

1) Há as chamadas “técnicas de relacionamento”. O assediador não dirige o olhar nem a palavra à vítima, nem sequer para um bom dia; comunica-se com ela por bilhetes, impedindo-a de se expressar. A vítima é interrompida, frequentemente, pelo superior hierárquico ou por colegas, muitas vezes com gritos e recriminações; não a encaram, ignoram sua presença, dirigindo-se, exclusivamente a outros. É comum também aproveitarem uma saída rápida da vítima para deixarem uma tarefa em sua mesa, sem solicitar-lhe pessoalmente a execução do trabalho.

2) São adotadas, ainda, “técnicas de isolamento”, ou seja, são atribuídas à vítima funções que a isolam ou deixam-na sem qualquer atividade, exatamente para evitar que mantenha contato com colegas de trabalho e obtenha deles a solidariedade ou manifestação de apoio.

3) Existem as chamadas “técnicas de ataque”, que se traduzem por atos que visam a desacreditar e/ou desqualificar a vítima diante de colegas ou clientes da empresa. Essa técnica de assédio moral implica, por exemplo, conferir à vítima tarefas de grande complexidade para serem executadas em curto prazo de tempo, com o fim de demonstrar a sua incompetência ou exigir-lhe tarefas absolutamente incompatíveis com a sua qualificação funcional e fora das atribuições do seu cargo.

4) Há também as “técnicas punitivas”, que colocam a vítima sob pressão, como, por exemplo, por um simples erro cometido, elaborar-se um relatório contra ela.

Não se olvidar, como já esclarecido alhures, que nem todo comportamento pode ser considerado como assédio. Hirigoyen (2015, p.19) assevera que “nem todas as pessoas que se diz assediadas o são de fato. Por isso é preciso ser cauteloso”. Para a renomada autora, não se deve confundir o assédio moral com o estresse ou pressão no trabalho, ou mesmo do conflito velado e do desentendimento.

Dentre os reflexos de quem sofre os ataques do assediador, suportando humilhações por um período prolongado de tempo, Marie-France menciona o estresse e a ansiedade, distúrbios psicossomáticos, depressão, dentre outros graves problemas. Cita ainda como consequências específicas, a vergonha e a humilhação, perda dos sentidos, modificações psíquicas e psicose (HIRIGOYEN, 2015, p.159-179).

O assédio moral no trabalho “produz efeitos extremamente danosos para quem o sofre. É habitual que, em face da conduta assediante, o trabalhador resolva pela saída da empresa ou, em situação mais extrema - se bem que possível -, tente ou chegue até a consumir suicídio” (SILVA NETO, 2012, p.116).

Em trabalho de pesquisa feita pela médica do trabalho e pesquisadora da (PUC) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Dra. Margarida Barreto, foi constatado, nas consultas por ela realizadas em sindicatos, que as pessoas se queixavam de males generalizados. Aprofundando suas análises, verificou que 80% dos entrevistados sofriam dores generalizadas, 45% apresentavam aumento de pressão arterial, mais de 60% queixavam-se das palpitações e tremores e 40% sofriam redução da libido (BARRETO, 2000).

Mas o assédio pode também trazer influências negativas para as empresas, como bem ressalta Márcia Novaes Guedes. “Está provado que um trabalhador submetido à violência psicológica tem um rendimento inferior a 60% em termos de produtividade e eficiência, em relação a outros trabalhadores, e seu custo para o empregador é de 180% a mais” (GUEDES, 2005. p. 115).

No âmbito da Administração Pública os prejuízos são ainda maiores. Isto porque quando o assédio ocorre em face de um servidor público, acarretando na baixa de produtividade e eficiência, a lesão não será limitada aos prejuízos causados ao assediado, mas também, na prestação do serviço público em si, implicando em prejuízos ao interesse da coletividade.

4 O ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo abalizada doutrina, a expressão Administração Pública tem dois sentidos. No sentido *objetivo*, consiste na própria atividade administrativa exercida pelo Estado, por seus órgãos e agentes. Em seu sentido *subjetivo*, a expressão pode também significar o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas (CARVALHO FILHO, 2016).

Muito embora o assédio seja praticado em qualquer lugar, devido as condições e circunstâncias de cada caso, existem locais de trabalho que são mais expostos do que outros. É o caso da Administração Pública, aqui, grafada com as iniciais maiúsculas para designar o seu sentido subjetivo.

No setor público, onde, quase sempre, os detentores dos cargos de direção e chefia assumem o cargo por indicação política ou por laços de amizade ou de parentesco, e não, por sua capacidade técnica ou preparo profissional, o chefe pode se tornar extremamente arbitrário, a fim de compensar suas evidentes limitações, mas resguardado, todavia, por uma considerável intocabilidade.

Para Hirigoyen (2015, p.124), no setor público o assédio moral é muito mais acentuado, que no setor privado.

No privado é mais evidente, dura menos tempo e termina em geral com a saída da vítima. No setor público, o assédio moral pode durar anos, pois, em princípio, as pessoas são protegidas e não podem ser demitidas, a não ser devido a uma falta muito grave. Por esta razão, os métodos de assédio

são, neste caso, mais perniciosos e produzem resultados dramáticos sobre a saúde, bem como sobre a personalidade da vítima.

Prossegue a renomada psicanalista, asseverando que no setor público a prática assediante, geralmente não está relacionada à produtividade, mas às disputas de poder.

Os abusos de poder são frequentes no serviço público. Podem se expressar, por exemplo, por meio da distribuição de cargos de subordinados, quando o poder é medido pelo número de assessores que cada um tem sob suas ordens: “Aquele ali é meu!” ou “Não é meu!”. Em outros locais, ainda, os diretores decidem sobre a orientação dos funcionários antes mesmo de os conhecer e sem saber como trabalham (HIRIGOYEN, 2015, p.124).

Ademais, “quando o assédio moral vem de um superior hierárquico direto, ele se manifesta primeiramente por uma diminuição ou bloqueio da nota de avaliação”. (HIRIGOYEN, 2015, p.126)

Tal afirmação guarda estreitíssima relação com o principal objetivo deste trabalho, que é demonstrar a materialização do assédio moral durante as avaliações de desempenho do servidor. Todavia, antes de efetuarmos uma análise doutrinária acerca do tema, se faz necessário traçar algumas premissas sobre os institutos da estabilidade, do estágio probatório e da avaliação de desempenho.

Para Jose dos Santos Carvahó Filho (2016, p.835), “ estabilidade é o direito outorgado ao servidor estatutário, nomeado em virtude de concurso público, de permanecer no serviço público após três anos de efetivo exercício, como passou a determinar a EC nº 19/1998, que alterou o art. 41 da CF, pelo qual anteriormente era exigido o prazo de apenas dois anos”.

Prossegue o autor afirmando que “a mesma Emenda inseriu, no art. 41, o §4º, estatuinto que, além do prazo acima, a aquisição da estabilidade depende ainda de avaliação especial de desempenho do servidor, a ser realizada por comissão funcional com essa finalidade” (CARVALHO FILHO, 2016, p.835).

Após a aquisição da estabilidade, o servidor somente perderá o cargo por meio de processo administrativo onde lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa, por sentença judicial transitado em julgado ou por inabilitação em procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, conforme prevê o art. 41, §1º da CRFB.

Além das hipóteses citadas, existe ainda a possibilidade de exoneração do servidor público estável por contenção de gastos com pessoal, nos termos da lei (Lei de Responsabilidade Fiscal – LC n. 101/00), conforme preconiza o art. 169, §4º da CRFB, este alterado pela EC 19/1998.

Não se deve confundir a estabilidade com o estágio probatório, que é uma das condições para adquirir a estabilidade. “ Estágio probatório é o período dentro do qual o servidor é aferido quanto aos requisitos necessários para o desempenho do cargo, relativos ao interesse no serviço, adequação, disciplina, assiduidade e outros do mesmo gênero” (CARVALHO FILHO, 2016 p. 839).

Assim, a estabilidade apresenta-se como um óbice ao assediador, pois não pode simplesmente demitir a vítima, para tirá-la do seu caminho. Por isso o assediador, de forma nefasta, humilha e persegue o servidor público, até que este peça sua exoneração ou transferência, situação esta que pode durar vários anos, causando consequências gravíssimas no psicológico e na saúde física do servidor. Todavia, “obter transferência pode levar tempo e, durante este tempo, a vítima não tem outra solução exceto pedir uma licença médica para se resguardar” (HIRIGOYEN, 2015, p.128).

Entre nós, já foram editadas algumas leis estaduais e municipais sobre o assunto, destacando-se a Lei n. 13.288, de janeiro de 2001, do Município de São Paulo, que trata da temática no âmbito da Administração. Seus destinatários são os servidores públicos municipais, e a finalidade da lei é protegê-los contra o terror psicológico no trabalho. A referida lei conceitua assédio moral como „todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a auto-estima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do funcionário, tais como: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de ideias de outros; ignorar ou excluir um funcionário só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; subestimar esforços” (art. 1º parágrafo único) (BARROS, 2016, p. 609).

Na Bahia é possível citar como exemplo, o Projeto de Lei nº. 12.819/2002, que dispõe sobre o assédio moral no âmbito da Administração Pública estadual direta, indireta, fundacional e autárquica e dá outras providências. O Artigo 1º assevera que “É vedado ao servidor à prática de assédio moral no âmbito da administração pública estadual direta, indireta, fundacional e autárquica”. O Parágrafo único estabelece que “Para fins do disposto nesta Lei Complementar,

considera-se assédio moral todo tipo de comportamento praticado por servidor que atinja, pela repetição e sistematização, a dignidade, a integridade psíquica ou física de uma pessoa, fazendo-a duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho”.

Ademais, a Lei dá à vítima o direito de requerer remoção temporária ou definitiva. Traz ainda a responsabilidade solidária do chefe imediato, “se houver reincidência de práticas ofensivas e violência moral”, sem a adoção das medidas preventivas necessárias. Além disso, prevê a obrigação do ofensor condenado de retratar-se publicamente por escrito.

O Projeto de Lei da Bahia estabelece ainda a responsabilidade do Estado quanto ao custeio do tratamento do servidor que adoecer em decorrência do assédio moral sofrido, e o pagamento de indenização à vítima, se ficar provada a omissão do chefe hierárquico.

No Município de Salvador, a lei nº 6986/2006 dispõe sobre a caracterização do assédio moral nas dependências da Administração Pública municipal direta, indireta, autárquica e fundacional e a aplicação de penalidades à sua prática, por parte dos servidores públicos.

A materialização do assédio nas avaliações de desempenho

Conforme já registrado neste trabalho, existem certos lugares que devido as condições e circunstâncias, são mais expostos às práticas assediadoras, a exemplo do setor público, onde os métodos de assédio são mais perniciosos e produzem resultados dramáticos sobre a saúde, bem como sobre a personalidade do servidor.

As formas de assédio moral no âmbito da Administração Pública, não costumam ser diferentes daquelas verificadas no setor privado. Entretanto, no setor público, existe um poderoso instrumento à disposição das autoridades assediadoras, que é a avaliação de desempenho, geralmente utilizada em absoluto desvio de finalidade (uma distorção do instituto), com a nítida intenção de prejudicar o servidor. Em muitos casos, o assediador aproveita este instrumento para humilhar, subjugar, diminuir “em números” o trabalho do servidor, provando o quão distante são as relações de poder que os cercam, mostrando, com isso, a superioridade do cargo que ocupa, em detrimento do hipossuficiente e dependente de “pontos”: servidor público (MAEOKA, 2012, p. 103).

Visto que os aumentos de salário não dependem da competência, mas de um quadro de evolução da carreira, os servidores se preocupam muito com as notas de avaliação, pois fazem parte dos critérios de promoção ao escalão superior. Em certos órgãos, a nota é sempre máxima, salvo em caso de punição. Mas, quando se obtém uma nota má ou se é mal apreciado, não é recomendável se contestar com muita veemência. Arrisque-se a carregar a reputação ruim de posto em posto e ver a própria carreira sensivelmente prejudicada (HIRIGOYEN, 2015, p. 126-127)

São dois os tipos de avaliação de desempenho encontradas do direito brasileiro, os quais os servidores são submetidos. A primeira delas é a **avaliação especial de desempenho**, realizada por comissão especial instituída para essa finalidade, ocorrendo durante o estágio probatório, como pré-requisito para obtenção da estabilidade (art. 41, § 4º da CRFB).

O Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei nº 8.112/90), ao tratar do estágio probatório, estabelece que 04 (quatro) meses antes de findo o período do estágio probatório, que é de 03 anos, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação do desempenho do servidor, realizada por comissão constituída para essa finalidade, de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento da respectiva carreira ou cargo (art. 20, §1º). O servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado (art. 20, §2º).

Sem sombra de dúvidas, durante o período de estágio probatório, o assediado vive momentos tenebrosos, se submetendo, muitas vezes, às práticas das mais ignominiosas possíveis, pois paira sobre a sua cabeça, como uma espada de Dâmocles, o medo de ser exonerado, o temor de ver anos de estudos e renúncia irem por água a baixo. O servidor ainda não estável, nesses casos, geralmente sofre calado as investidas do assediador, o que pode lhe trazer prejuízos psicológicos indelévels.

O segundo tipo, é a **avaliação periódica de desempenho**, introduzida no âmbito da Administração Pública Brasileira para atender, dentre outras medidas, o princípio da eficiência, acrescentado ao art. 37, caput da CRFB por meio da EC nº 19/98, que trouxe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar (DI PIETRO apud MAEOKA, 2012, p. 104)

Na prática, a avaliação periódica de desempenho serve como instrumento para análise das atividades dos servidores, ao passo que oferece meios para que o

servidor possa ascender na carreira pública, por meio da progressão ou promoção, incentivando a melhora na prestação do serviço público.

Seu objetivo é avaliar periodicamente, por critérios técnicos e supostamente objetivos, as condições de aptidão, desenvolvimento funcional e a eficiência dos serviços realizados pelo servidor. O perigo é que tais critérios objetivos se transformem em subjetivos, pessoais ou políticos, como tantas vezes já se viu em procedimentos de avaliação para promoções realizados pela Administração (ARAÚJO, 2005, p. 295).

Neste panorama surge o assédio moral, visto que o servidor acaba por se tornar muito dependente da avaliação do superior hierárquico como uma das formas de progressão funcional, o que acaba sendo totalmente tolhida pelo assediador, que o avalia negativamente para prejudicá-lo.

Note-se que a Constituição dispõe em seu art. 41, §1º, inciso III, que o servidor estável, que tenha sido avaliado com insuficiência de desempenho, pode ser exonerado do cargo, devidamente comprovado em processo administrativo onde lhe seja sempre garantido o contraditório e a ampla defesa, e, conforme bem assinala Carvalho Filho (2016), neste caso a necessidade do processo administrativo é ainda maior para se evitar arbitrariedades e perseguições, já antevendo a utilização do instituto para fins alheios ao interesse público, como no caso do assédio.

A avaliação periódica de desempenho surgiu como uma opção para evitar que o servidor depois de superado o período do estágio probatório de três anos, negligencie suas funções, acobertado pela estabilidade. Todavia, observa-se que em razão da possibilidade de exoneração do servidor, a avaliação periódica de desempenho transmudou-se em ferramenta de poder na mão de assediadores no serviço público.

No Brasil, já foram editadas algumas leis estaduais e municipais sobre o assunto, visando coibir a prática do assédio moral no âmbito da Administração Pública, mas a iniciativa legislativa ainda é muito tímida, cabendo ao Judiciário auxiliar no processo de repressão dessa prática reprovável, o que pode ser feito ao configurar o assédio moral como ato de improbidade administrativa.

O assédio moral como ato de improbidade administrativa

A etimologia da palavra improbidade administrativa, tem como origem o latim “*improbus*” que significa uma atitude não honesta, desleal em “*lato sensu*”. Trazendo para o contexto jurídico brasileiro, pode ser definida como atos de desonestidade na gestão pública, caracterizada por condutas ilícitas que afrontem os valores e princípios éticos e morais praticadas por agente público no exercício das suas funções ou em razão da mesma (GOMES, 2012, p. 272).

A improbidade administrativa consiste na conduta econômica eticamente reprovável praticada pelo agente estatal, consistente no exercício indevido de competências administrativas que acarrete prejuízo aos cofres públicos, com a frustração de valores constitucionais fundamentais, visando ou não a obtenção de vantagem pecuniária indevida para si ou para outrem, que sujeita o agente a punição complexa e unitária, de natureza penal, administrativa e civil, tal como definido em lei” (JUSTEN FILHO, 2014, p.686).

A Constituição brasileira, em seu art. 37, §4º, tratou da conduta ímproba, definindo a aplicação de sanções de suspensão de direitos políticos, perda da função pública, ressarcimento ao erário e indisponibilidade de bens, aplicadas aos sujeitos ativos de tais atos na esfera pública.

Coube à Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade), entretanto, dar efetividade ao dispositivo constitucional, definindo as condutas ímprobas, a forma de graduação das sanções, os sujeitos ativos e passivos e o seu procedimento administrativo e judicial.

Entretanto, diante da ausência de um conceito legal de improbidade administrativa, muitos doutrinadores procuram diferenciar o conceito de improbidade do conceito de moralidade em razão do fato de ter a Constituição se referido à probidade administrativa e à moralidade em dispositivos diversos. Dentre esses doutrinadores está Wallace Paiva Martins que considera a probidade administrativa um subprincípio do princípio da moralidade dotado de contorno próprio de função instrumentalizadora da moralidade por meio da Lei nº 8429/92. (MARTINS JÚNIOR, 2002, p.103. 106-109)

Há autores, no entanto, como é o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p.805-806), Emerson Garcia e Rogério Pacheco (2008, p.45), que entendem que probidade, como princípio regente dos atos da administração, é um conceito

mais amplo que o de moralidade, pois submete os atos administrativos à observância de todo o ordenamento jurídico, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade.

Carvalho Filho (2016), defensor de uma terceira corrente, assevera que inexistente diferença semântica entre o significado das expressões moralidade e probidade e que essas expressões podem ser utilizadas para o mesmo fim de preservação da moralidade administrativa.

O fato é que embora a doutrina se preocupe em tratar dessa diferença semântica, a Lei nº 8.429/92 apenas instituiu termos genéricos para a definição e qualificação das condutas ímprobas, agrupando-os em três categorias, conforme o bem jurídico atingido: a) atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); b) atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (art. 10); c) atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

É no contexto dessa última categoria, atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, que se enquadra o assédio moral no setor público, visto se tratar, segundo paradigmática decisão do Superior Tribunal de Justiça⁶, de ato que atenta contra os princípios ordenadores da atuação pública.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **ASSÉDIO MORAL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992.** ENQUADRAMENTO. CONDOTA QUE EXTRAPOLA MERA IRREGULARIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO GENÉRICO.

1. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência do STJ.

2. Não se enquadra como ofensa aos princípios da administração pública (art. 11 da LIA) a mera irregularidade, não revestida do elemento subjetivo convincente (dolo genérico).

3. O assédio moral, mais do que provocações no local de trabalho - sarcasmo, crítica, zombaria e trote -, é campanha de terror psicológico pela rejeição.

4. A prática de assédio moral enquadra-se na conduta prevista no art. 11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa, em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém.

5. A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e/ou afastar da atividade pública os agentes que demonstrem caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida.

6. Esse tipo de ato, para configurar-se como ato de improbidade exige a demonstração do elemento subjetivo, a título de dolo lato sensu ou genérico, presente na hipótese.

⁶ O julgado trata de uma Ação Civil Pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Público Estadual em decorrência de atos praticados pelo ex-prefeito da cidade de Canguçu/RS que teria perseguido uma servidora que denunciou a existência de dívida do município com o Fundo de Aposentadoria dos Servidores Públicos. O ex-prefeito teria se valido de seu cargo para submeter a servidora a situações constrangedoras, afastá-la de suas funções e realizar ameaças. .

7. Recurso especial provido.
 (STJ - REsp 1.286.466 RS 2011/0058560-5; Relator(a): Ministra ELIANA CALMON; Julgamento: 03/09/2013; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Publicação: DJe 18/09/2013)

Mister se faz ressaltar, que o art. 11 da referida Lei ⁷, não esgotou os atos que possam ser enquadrados como atos de improbidade administrativa que importe violação aos princípios da administração pública, mas tão somente, trouxe no seu *caput* atenção maior a valores imprescindíveis para a atuação do agente público. Os incisos do citado artigo trazem um rol de condutas meramente exemplificativa ⁸.

E é com base nesse raciocínio que se pode enquadrar o assédio moral como conduta ímproba, pois conforme registrado pela ministra Eliana Calmon no julgado acima colacionado.

A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e/ou afastar da atividade pública todos os agentes que demonstrem pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida. A partir dessas premissas, não tenho dúvida de que comportamentos como o presente, enquadram-se em „atos atentatórios aos princípios da administração pública”, pois “violam os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”, **em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém.** (Destaquei)

Nos casos das avaliações de desempenho, utilizadas como instrumentos para a prática do assédio, não se vislumbra uma mera irregularidade cometida no âmbito do serviço público, uma vez que o assediador age dolosamente, de forma livre e consciente na utilização do instituto para prejudicar o servidor e assim satisfazer interesses próprios, desvirtuando a real finalidade da avaliação e prejudicando o servidor público assediado.

A decisão acima colacionada, onde circunscreveu a prática do assédio moral ao âmbito da improbidade administrativa, foi uma decisão inovadora no direito brasileiro, tendo em vista a prática habitual no nosso país, de o agente público se utilizar da máquina pública para a satisfação de interesses pessoais, contrariando os princípios mais comezinhos do Direito Administrativo.

⁷ “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, **imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, [...]**” . .

⁸ Nesse sentido: STF - AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 801268 SP; Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA; Julgamento: 19/08/2011, Publicação: DJe-165 DIVULG 26/08/2011.

5 CONCLUSÃO

O Assédio moral é um fenômeno que existe há muito tempo e está intimamente relacionado às manifestações de poder. Consubstancia-se em toda conduta abusiva e reiterada, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa.

Pode ser encontrado em diversos ambientes e relações, mas são nas relações de trabalho que encontra terreno fértil, notadamente na Administração Pública, onde as características favorecem as práticas assediantes, que, em regra, são mais perniciosas e duradouras devido a situação de estabilidade dos servidores.

O assédio moral gera efeitos catastróficos para quem os sofre, e esse reflexo negativo é também sentido no serviço público, isto porque quando o assédio ocorre em face de um servidor, acarretando na baixa de produtividade e eficiência, a lesão não será limitada aos prejuízos causados ao assediado, mas sobretudo, na prestação do serviço público em si, trazendo prejuízos ao interesse da coletividade.

As formas e “técnicas” de assédio moral no âmbito da Administração Pública, não são diferentes daquelas verificadas no setor privado. Todavia, no setor público os chefes costumam fazer uso, em desvio de finalidade, das avaliações de desempenho, quais sejam, a avaliação especial e a avaliação periódica, como instrumentos de materialização do assédio moral.

No direito pátrio, já foram editadas algumas leis estaduais e municipais sobre o assunto, mas a iniciativa ainda é tímida. Se o assediador se utiliza dos instrumentos de avaliação para a prática do assédio, visando prejudicar o servidor assediado, uma das possíveis formas de evitar o desvirtuamento do instituto seria a sua configuração como ato de improbidade administrativa.

Deve-se ressaltar que não consta expressamente o assédio moral dentre as condutas tipificadas na Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), cabendo à jurisprudência a sua configuração como ato violador dos princípios norteadores da Administração Pública.

O desvio de finalidade do ato indubitavelmente fere, no mínimo, os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, vetores do regime jurídico administrativo e que devem ser seguidos obrigatoriamente pelos agentes públicos.

Assim, restou demonstrado, com amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de justiça, que mesmo não estando expressamente previsto na Lei nº .

8.429/92, o assédio moral praticado no âmbito da Administração Pública deve ser considerado ato de improbidade, pois fere os princípios mais mezinhos do Direito, podendo, então, o agente público ser responsabilizado com base no art. 11, impondo-lhe as penalidades previstas na referida Lei, sem prejuízo da demais sanções civis e criminais.

Nesse diapasão, deve-se asseverar a importância desse entendimento para o ordenamento jurídico brasileiro, pois se deve buscar medidas que reprimam as práticas de assédio moral na Administração Pública, bem como outras práticas perversas realizadas por certos agentes públicos, que, infelizmente, se utilizam da sua função para satisfação de interesses próprios, em detrimento do interesse da coletividade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARRETO, Margarida. **Assédio moral: uma jornada de humilhações**. São Paulo: Fapesp: PUC, 2000.

BARROS, Alice Monteiro de. Assédio moral: repertório de jurisprudência. **IOB: trabalhista e previdenciário**, v. 2, n. 18, set. 2004.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BARROS, Renato da Costa Lino de Góes. Assédio moral: análise sob a luz dos aspectos configurativos e probatórios deste fenômeno social. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: ano 34, n. 129, jan/mar, 175-183, 2008.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou

fundacional e dá outras providências. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. (versão em PDF)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed., São Paulo: Atlas, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4ª ed. Rev. Ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Fabio Bellote. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: Editora LTR, 2005.

_____. **Assédio moral e responsabilidade das organizações com os direitos fundamentais dos trabalhadores**. Disponível em: <
http://www.assediomoral.org/IMG/pdf/GUEDES_M.N._Assedio_moral_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 02 set. 2016.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. Trad. Maria Helena kuhner. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

_____. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o Assédio Moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAEOKA, Erika. A Violência na administração pública e o princípio da eficiência: o assédio moral e a avaliação periódica de desempenho. **Revista dos Tribunais**: v. 921, p. 81 a 117, julho. 2012.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. Assédio moral no ambiente do trabalho. **Revista LTR**, São Paulo, v. 68, n. 08, ago. 2004.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1149, 24 ago. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8838>>. Acesso em: 30 set. 2016.

SALVADOR. **Lei nº 6.986 de 31 de janeiro de 2006**. Dispõe sobre a caracterização do assédio moral nas dependências da Administração Pública municipal direta, indireta, autárquica e fundacional de Salvador e a aplicação de penalidades à sua

prática, por parte dos servidores públicos. Disponível em: <
<http://leismunicipa.is/mcktd>>. Acesso em: 01 out. 2016.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Teoria jurídica do assédio e sua fundamentação constitucional**. São Paulo: LTr, 2012.

SIMÃO, Calil. **Improbidade administrativa: teoria e prática**. 2.ed. São Paulo: JH Mizuno, 2014.

SINASEMPU. **Cartilha sobre assédio moral**. Brasília, DF, 2016.

THOME, Candy Florêncio. **O assédio moral nas relações de emprego**. São Paulo: Ltr, 2008.

O DIREITO HUMANO AO MEIO AMBIENTE NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL E DE SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE

Edson Sacramento Tiny das Neves Mestre e Bacharel em Direito Público pela UFBA, Professor de Direito Constitucional e Direito Civil da FAMEC.

Thiago Pires Oliveira
Advogado, Mestre e Bacharel em Direito Público pela UFBA.

RESUMO

O presente artigo faz uma análise de questões ambientais no cenário atual tomando como referência as Constituições de São Tomé e Príncipe e o Brasil para demonstrar que o meio ambiente como direito difuso, de interesse planetário tem encontrado amparo em alguns documentos jurídicos mundiais de grande expressão, mas ainda muito tímido. Deste modo, a pesquisa procura demonstrar a imprescindibilidade da implementação de políticas públicas de conscientização, incentivo e capacitação da sociedade para lidar com questões ambientais de maneira adequada afim de reduzir e conseqüentemente evitar as conseqüências maléficas da destruição das florestas nativas, a poluição dos rios, solo, a biopirataria e outros fenômenos que podem causar impactos ambientais.

Palavras-chave: Direitos humanos. Meio ambiente. Constituição.

1 INTRODUÇÃO

*“Tudu nguê tê dirêtu di lecolê ni stluviçu de têla dê, contla qualquê situaçon cu ca violá diêtu maxi importante eu sá ni Constituiçon e ni lei”*¹. A incorporação das normas internacionais de direitos humanos pelo direito interno das nações é um dos maiores desafios destes tempos pós-modernos, época em que instituições internacionais, como a ONU, passam uma crise de legitimidade, com suas normas sendo questionadas e rejeitadas pelo ordenamento jurídico de diversos países².

Este desafio ainda se torna mais difícil quando se trata de efetivar na esfera do direito interno, os denominados direitos de terceira geração, como é o caso do direito humano ao meio ambiente, consagrado pelas Declarações de Estocolmo de

¹ Artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (*Declaração Universal di Dirêtu di Hómé*) promulgada pela ONU, em 1948, na língua santomense chamada Fôrro. Traduzida para o português **significa:** “*Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei*”.

² Vide a trágica questão, ocorrida em 2005, da província de Darfur no Sudão que não teve uma resposta enérgica pela comunidade Internacional em combater as atrocidades verificadas contra a minoria existente no sul do país.

1972 e do Rio de 1992, e que se encontram cada vez mais positivados pelos países ao redor do Mundo, tanto no âmbito constitucional, quanto no infraconstitucional³.

Assim, será abordada a questão do direito humano ao meio ambiente na realidade jurídica de dois países, ex-colônias de Portugal, que, apesar de localizados em dois distintos continentes, a África e a América, partilham a mesma língua oficial, o português e de laços culturais mais próximos do que se imagina. Trata-se do Brasil e São Tomé e Príncipe.

A República Democrática de São Tomé e Príncipe é um país insular, de natureza arquipelágica composta por duas ilhas: São Tomé, situada junto da linha do Equador, e Príncipe, pequena ilha situada a 150 quilômetros a nordeste de São Tomé. Este país-arquipélago se encontra geograficamente situado no continente africano, precisamente no Golfo da Guiné, junto à Costa Ocidental de África. Possui uma superfície de 964 quilômetros quadrados, e uma população de 187.000 habitantes (Estimativas de 2005)⁴.

Dentre as principais características ambientais do país, destaca-se a preleção de Brígida Brito, segundo a qual, os recursos ambientais são-tomenses podem ser analisados com base na distinção entre potencialidades florestais e heliotrópicas⁵.

As potencialidades florestais⁶ consistem na existência de florestas tropicais caracterizadas por uma vegetação exuberante, e em estado virgem, onde habitam diferentes espécies de flora e de fauna, algumas endêmicas e ameaçadas de extinção. A cobertura florestal atinge 95% da superfície total das ilhas, sendo possível identificarem diferentes áreas arborizadas, em função da altitude e da vegetação⁷.

³ PRIEUR, Michel. *Droit de l'homme à l'environnement et développement durable*. In *Colloque Développement Durable: Leçons et Perspectives*. Ouagadougou, Burkina Fasso: Organization Internationale de la Francophonie, 2004.p.108.

⁴ TINY, Kiluange Noronha. Conhece São Tomé e Príncipe? In *Juristep*, fevereiro de 2006. Disponível em http://www.juristep.com/artigos/_conhece_stp.pdf. Acesso em: 4 abr.2006. Segundo o censo de ano 2013 a população subiu para 192.993. In *Toda a população de São Tomé e Príncipe equivale, aproximadamente, à do município brasileiro de Itapevi, localizada na Região Metropolitana de São Paulo*. https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=s%C3%A3o+tom%C3%A9+e+pr%C3%ADncipe+popula%C3%A7%C3%A3o.

⁵ BRITO, Brígida Rocha. Turismo Ecológico em São Tomé e Príncipe: da Ecopedagogia à preservação Ambiental. In *VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais; Faculdade de Economia; Universidade de Coimbra, 2004*. Disponível em: www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdf/painel33/BrigidaBrito.pdf. Acesso em 2 mar 2006.

⁶ Lei nº 11/1999, de 14 de abril de 1999, Lei de conservação da fauna, flora e das áreas protegidas. ⁷ BRITO, Brígida Rocha. *Ob.Cit.* [internet]. Em virtude dessa exuberância florestal, o Estado são-tomense tem buscado criar *obôs* (parques florestais, na língua fôrro).

Essa “causal” preservação do meio ambiente são-tomense se deve, na realidade, às condições históricas e geográfico-econômicas de São Tomé e Príncipe como a insularidade, o isolamento e sua pequena dimensão territorial⁸, aliadas com a ausência de indústrias, em virtude da natureza essencialmente agrícola que descaracterizou a economia deste país que passou, durante o Colonialismo português, pelos ciclos da cana-de-açúcar, do café e do cacau⁹; somente modificando a matriz agrícola da economia nacional com a descoberta e exploração do petróleo na contemporaneidade¹⁰.

Assim, entre os problemas ambientais que se visualizam na República de São Tomé são os impactos ambientais que a indústria petrolífera pode forma sustentável, ou seja, harmonizada com o meio ambiente, a devastação da floresta tropical nacional, decorrente da crescente urbanização no país, e a perda da biodiversidade como consequência dessa devastação e da biopirataria, males ambientais dos países em desenvolvimento portadores de uma megadiversidade.

A República Federativa do Brasil é quinto país em extensão territorial, ocupando 1,7% da superfície da terra (quase 6% das terras emersas) e 47,3 % da América do Sul, e é o sexto país mais populoso do planeta, abrigando mais de 160 milhões de habitantes¹¹.

Historicamente, o Brasil foi marcado pela degradação intergeracional, pois, os ataques praticados contra natureza por uma geração eram repetidos pela geração seguinte, em um processo contínuo que se perpetuou por cinco séculos¹², cujo principal exemplo de aspecto ambiental vitimizado foi uma formação florestal tropical latifoliada denominada Mata Atlântica que, considerada por botânicos como a

⁸ BRITO, Brígida Rocha. *Ob.Cit.* [internet]. São 1.001 km² distribuídos por 859 (Ilha de São Tomé) e 142 km² (Ilha de Príncipe).

⁹ ARAGÃO, André Aureliano. *Feitura de leis e Legislação Ambiental em São Tomé e Príncipe*. In CYSNE, Maurício e AMADOR, Teresa (Eds.). *Direito do Ambiente e Redação Normativa: teoria e prática nos países lusófonos*. Gland, Suíça; Cambridge, Reino Unido; Bonn, Alemanha: IUCN, 200.p.173.

¹⁰ SANDBU, Martin E. São Tomé pôde por fim à maldição dos recursos naturais da África. In Espaço Público, 17 ago.2004, p.7. Disponível em http://www.earthinstitute.columbia.edu/cgsd/sandbu_publico_oped.pdf. Acesso em: 23 out.2005.

¹¹ BENJAMIN, Antonio Herman V. *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*. In BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Anais do 3º Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 30 de maio a 2 de junho de 1999: a proteção jurídica das florestas tropicais*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.p.75.

¹² BENJAMIN, Antonio Herman V. *Ob.Cit.*p.75.

floresta com maior biodiversidade por hectare do planeta, encontra-se, atualmente, com apenas 5% (cinco por cento) de sua cobertura original¹³.

Na contemporaneidade, o Brasil, apesar da elevada dívida histórica, possui uma posição central nas discussões sobre sustentabilidade do planeta¹⁴ e problemas ambientais seríssimos, destacando-se a devastação florestal (destruição da Amazônia, Mata Atlântica e cerrados); a poluição do ar, solo e águas; a contaminação por produtos modificados geneticamente; a biopirataria; e os impactos ambientais causados por grandes empreendimentos, como exemplo as hidroelétricas e a transposição de rios.

2 O DIREITO NO BRASIL E EM SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

De fato, o Direito de São Tomé e Príncipe, como expressão de um direito interno, surgiu com a independência nacional em 1975, tendo como base a Lei Fundamental então aprovada¹⁵. Este país, da mesma forma que o Direito brasileiro, adota o sistema românico-germânico por influência portuguesa. A estrutura da República de São Tomé e Príncipe é constituída por um Estado de direito democrático, unitário, tendo como forma de governo o regime semipresidencialista¹⁶.

Afirma o constitucionalista português Canotilho que a formula “Estado de Direito Democrático”, prevista no artigo 6º da Constituição são-tomense, não é inteiramente coincidente com a expressão “Estado Democrático de Direito”, prevista

¹³ BENJAMIN, Antonio Herman V. *Ob.Cit.* p.91.

¹⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. *Ob.Cit.* p.75. O Brasil possui a maior biodiversidade do planeta (20% das espécies existentes) e a maior reserva de água doce do planeta Terra (12%), conferir o sítio eletrônico do Ministério do Meio Ambiente: www.mma.gov.br.

¹⁵ Esta busca pelo autêntico Direito são-tomense ainda continua, visto que até os dias hodiernos continua em vigor normas remanescentes do período colonial, como o Código Penal e o Código Civil. Para uma visão geral do sistema jurídico de São Tomé e Príncipe, tem-se a opinião do jurista são-tomense **Hilário Garrido em seu artigo “Os Sistemas Jurídico e Judiciário em STP” publicado no jornal Tribuna**, publicação semanal editada em São Tomé (capital da República de São Tomé e Príncipe), ano I, nº 21, sexta feira, 18 de setembro de 1998. Segundo este jurista, haveria três fases do Direito santomense: o período colonial, o período monolítico e o período democrático. O primeiro correspondendo ao período de dominação portuguesa, o segundo relativo ao período posterior à independência de 1975, época chamada de I República, quando o regime político do MLSTP, e o terceiro (II República) que seria o período em que foi promulgada a Constituição de 1990 e que vem perdurando até os dias atuais.

¹⁶ DAIO, Pascoal. *As Instituições: Os Poderes do Presidente da República*. Disponível em: http://www.cstome.net/diário/analise_juridica/analise.htm. Acesso em: 9 mar.2006. Preleciona jurista são-tomense **Pascoal Daio que “ O regime político e constitucional pelo seu mimetismo em relação a antiga metrópole reflecte a concepção do constitucionalismo português e a tipologia do regime “semi-presidencial” ou um sistema “misto parlamentar-presidencial” [internet].**

no artigo 1º da Constituição brasileira, pois para que um Estado de Direito Democrático tivesse força politico-normativa necessitaria esse Estado possuir um conjunto de: a) instituições políticas básicas; b) condições econômicas, sociais e culturais favoráveis a estas instituições; c) esquemas político-constitucionais (forma de governo, controle judicial, sistema eleitoral e sistema partidário), bem consolidados no plano institucional, de modo que se determinado país se declarasse “Estado de Direito Democrático” e não possuísse todos os elementos citados por Canotilho, estaria, na realidade, manifestando o fenômeno da “simbolização constitucional”, ou seja, enunciando valores que não seriam aplicados na prática, tornando sua Constituição em mero papel sem força normativa¹⁷.

Já o Direito brasileiro, ao adotar a fórmula do “Estado Democrático de Direito”, estaria mais próximo da realidade, ao firmar um padrão legitimatório aceitável, segundo o qual busca rejeitar como forma de organização de sua comunidade política qualquer estrutura totalitária, autoritária ou autocrática¹⁸.

O Direito brasileiro se distingue do Direito santomense, principalmente, quanto a forma de governo e a forma de Estado. Estes aspectos influenciam na formação do Direito em qualquer país, pois a depender da forma de Estado, se Federal e Unitário, que irá ser definido o ordenamento jurídico de um país. Já a diferença quanto à forma de governo repercutirá no papel a ser desempenhado pelos Poderes na produção e cumprimento das leis de um país.

Desse modo, no sistema semi-presidencialista, o Poder Executivo será dividido em dois órgãos com cada qual possuindo uma determinada atribuição, definida na Constituição¹⁹. Isto é muito importante para o Direito, principalmente no que se refere a aplicabilidade da norma jurídica, pois um conflito de competências entre órgãos, pode resultar na dificuldade de se implementar a lei, com um órgão executivo “empurrando” sua competência para o outro, e este ao devolver tal atribuição, e iniciar um “jogo de empurra-empurra”, com ninguém assumindo a responsabilidade por efetivar a lei e a sociedade perdendo com esse descaso governamental²⁰. Situação diferente ocorre no sistema presidencialista, quando se

¹⁷ CANOTLIHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.p.237.

¹⁸ CANOTLIHO, J.J Gomes. *Ob. Cit.* p.236-237.

¹⁹ **Artigos 68, “a” e “c”, 77 e 108**, da Constituição são-tomense de 2003.

²⁰ No direito são-tomense, determinadas competências legislativas são atribuídas tanto à Assembleia Nacional (o parlamento do país), quanto ao Governo (chefia de Governo santomense, exercida pelo primeiro-ministro e seu Gabinete). **Ex: segundo o artigo 70 da Constituição, “As leis e os decretos-leis**

observa haver uma divisão bem delimitada de funções entre os Poderes, com o chefe do Poder Executivo exercendo seu poder de aplicação imediata da lei , a ²¹ qual é produzida pelo Poder Legislativo, através de um processo legislativo.

Assim, se um Estado é federal, pressupõe-se a existência de uma pluralidade de Entes que produzem normas jurídicas e que existe uma divisão de competência legislativa, com cada ente sendo responsável por uma área de atuação. Já se o Estado for unitário, a legislação irá ter como única fonte de produção da República e não haverá uma distribuição de competência legislativa, pois a República é o Ente que atribuirá para si o poder legislativo pleno sobre qualquer área.

O Brasil, na qualidade de República Federativa, distribui competência para legislar, a qual pertence ao Poder Legislativo, sobre o meio ambiente em competência privativa, competência exclusiva e competência concorrente, as quais serão especificadas pelo Poder Legislativo de cada ente federativo. Fora algumas questões específicas como atividade nuclear, Sistema Nacional de Recursos Hídricos, e diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano que são de competência exclusiva ²² da União e legislar sobre águas que privativo ²³, também, à União, todas as demais competências legislativas na área ambiental serão exercidas de modo concorrente ²⁴ entre a União e os Estados.

Em São Tomé e Príncipe não há uma determinação constitucional expressa sobre qual órgão será competente para legislar sobre meio ambiente ²⁵. Desse modo, poderá tanto Assembleia Nacional, como a Assembleia Regional (no caso da Região Autônoma de Príncipe), além das Assembleias Distritais (órgão administrativo local) legislarem sobre o ambiente, desde que obedeçam às diretrizes organizatórias do Estado santomense. Contudo, alguns casos específicos são de competência exclusiva da Assembleia Nacional, conforme se infere do artigo 98, da Constituição

têm igual valor, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decreto -leis publicados no uso da autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais **dos regimes jurídicos**". Sucede que a Lei é a espécie normativa produzida pela Assembleia Nacional, enquanto o Decreto-Lei é a espécie normativa produzida pelo Governo.

²¹ No direito brasileiro, a exceção a essa regra é a Medida Provisória.

²² Artigo 21 da CRFB/88.

²³ Artigo 22 da CRFB/88.

²⁴ Artigo 24 da CRFB/88.

²⁵ ARAGÃO, André Aureliano. *Ob. Cit.* p.181. **Conclui André Aragão que embora “seja uma prerrogativa constitucional do Governo e dos Deputados”, apenas o Governo feito uso do exercício da iniciativa legislativa em São Tomé e Príncipe, graças a norma constitucional constante no art.111 da Constituição política, de modo que cumpre aos Deputados assumirem sua parcela de responsabilidade.**

de 2003, como legislar sobre crimes ambientais (alínea k) ,²⁶ tributação ambiental (alínea h) ou disciplinar a função ambiental de propriedade (alínea g).

3 O DIREITO HUMANO AO MEIO AMBIENTE

A ideia de direitos humanos surge, no final do século XVIII, durante a Revolução Francesa²⁷, época em que esses revolucionários, influenciados por um Direito Natural de conotação racional-iluminista, criaram um documento jurídico (Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1791) que serviu de referência para todo o sistema jurídico que optasse por assegurar certos direitos, inatos ao homem, que seriam invioláveis.

Naquele período a Revolução Francesa consagrou como direitos fundamentais do homem os direitos civis e políticos que, ao serem abraçados pelo sistema jurídico, foram um marco na ocupação do espaço público pelo cidadão²⁸. Sucede que com o decorrer do processo histórico²⁹, o mundo passou por muitas transformações e percebeu-se que, não bastava conferir uma igualdade formal entre os cidadãos e nem tentar amenizar as disparidades sócio-econômicas produzidas pelo Estado Liberal com algumas ações no âmbito dos direitos aos trabalhadores e da seguridade social, se o paradigma civilizatório da humanidade se assenta no desenvolvimento da ciência e dominação da natureza a todo custo, visão esta amparada na falsa crença da “inesgotabilidade dos recursos naturais³⁰”.

É a partir dessa conscientização que, ocorrida, principalmente, no final dos anos sessenta³¹, que se tem o início da construção histórica do direito fundamental ao meio ambiente, conforme explica Santiago Felgueiras a seguir:

En 1968, la Asamblea General reconoció la amenaza contra los derechos fundamentales de los seres humanos impuesta por los cambios tecnológicos. En el

²⁶ A competência constitucional relacionada no art.98 trata da reserva para que a Assembleia Nacional legisla sobre qualquer assunto que verse sobre a matéria penal, tributaria e propriedade de bens de produção.

²⁷ PORTANOVA, Rogério. Direitos Humanos e Meio Ambiente em Perspectiva Histórica. In BENJAMIN, Antonio Herman (Org.) *Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 3 a 6 de junho de 2002: 10 anos da ECO-92- O Direito e o Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.p.282.

²⁸ PORTANOVA, Rogério. *Ob. Cit.*p.683.

²⁹ As revoluções liberais no Século XIX, os movimentos operatórios e marxistas entre os séculos XIX e XX, as duas grandes guerras mundiais, a descolonização dos continentes americano, asiático e africano, entre outros eventos.

³⁰ PORTANOVA, Rogério. *Ob. Cit.*p.683.

³¹ DEL POZO, Mercedes Franco. *El derecho humano um ambiente adecuado*. Bilbao, ESP: Universidad de Deusto, 2000.p.32.”.

mismo año, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y Cultura (Unesco) organizo la Conferencia Intergubernamental de Expertos sobre las Bases Científicas para el Uso Racional y la Conservación de los Recursos en la Biosfera. Ésta fue considerada como uma de las primeras iniciativas relacionadas con el nacimiento del derecho a un médio ambiente sano ³² ..

E não tardou essa construção histórica no reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente, conforme foi o que aconteceu em 1972, durante a Primeira Conferencia Internacional sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida em Estocolmo (Suécia), a qual resultou na Declaração de Estocolmo de 1972, importante documento jurídico internacional que proporcionou, em seu principio nº1, o reconhecimento do direito humano ao meio ambiente ³³ .

E o direito humano ao meio ambiente tem se expandido tão rapidamente no cenário internacional que, atualmente, ele integra a preocupação dos mais diversos organismos internacionais desde o PNUMA (Programa da Nações Unidas para Meio Ambiente) até a ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados) ³⁴ .

Além da concepção transversal da temática ambiental junto aos organismos internacionais, cumpre salientar o reconhecimento desse direito fundamental pelo Direito Internacional Público, conforme se observa pela posição do Tribunal Internacional de Haia o qual já entende que “o meio ambiente não é uma abstração, mas um espaço onde vivem os seres humanos, pelo qual dependem, a qualidade de sua vida, sua saúde e que compreende as gerações futuras” ³⁵ e do fato de que existem inúmeros tratados internacionais (no ano de 1992, já eram mais de 150) ³⁶ que vem sendo celebrados sobre a matéria ambiental.

³²FELGUEIRAS, Santiago. *Derechos Humanos y Medio Ambiente*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.p.32-

³³DEL POZO, Mercedes Franco. Ob Cit. p. 32-33. A professora espanhola Mercedes Del Pozo inclusive ressalta diversas tentativas de reconhecimento do direito ao meio ambiente pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos, antes da sua Declaração na Conferência de Estocolmo, como a tentativa de elaboração de um protocolo à Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, ocorrida entre 1970 1971 ”.

³⁴TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.)”. *Derechos Humanos, Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Banco Interamericano de Desarrollo, 1992, p.14-15.

³⁵PRIEUR, Michel. *Ob. Cit.* p.105.

³⁶TOLBA, Mostafa K. *The United Nations Environment Programme, International Environment Law and the International Law of Human Rights: message to the inter-american seminar on human rights and environment*. In TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.)”. *Derechos Humanos, Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Banco Interamericano de Desarrollo, 1992, p.267.

Exposta a parte histórica, conceitua-se o direito humano ao meio ambiente, direito fundamental de terceira geração, como o “direito de todas as pessoas e todos os povos a desfrutar de um ambiente saudável adequado para o seu desenvolvimento³⁷”.

Existe uma estreita relação entre o direito ao meio ambiente com diversos outros direitos fundamentais, destacando-se o direito à vida e o direito à saúde, já reconhecidos pela doutrina jurídica, enquanto outros ainda buscam consolidação doutrinária como o direito à paz e o direito ao desenvolvimento³⁸ ..

Santiago Felgueras aponta dois fatores que demonstram a intrínseca interação entre os direitos humanos e meio ambiente como o fato de que a deterioração do meio ambiente podia chegar a impedir o gozo de direitos já reconhecidos e a ideia de um direito autônomo ao meio ambiente sadio ganhou corpo à medida que se percebia a velocidade e a intensidade da deterioração do ambiente³⁹ .

O ambiente é uma condição fundamental para o desenvolvimento da vida, pois esta somente pode existir num espaço que contenha certos elementos, como a água, o ar e o solo, dotados com suas propriedades naturais de uma forma integral, contudo, com a degradação, esses elementos sofrem modificações em suas propriedades naturais, dificultando o desenvolvimento da vida naquele espaço.

O direito à vida, proclamado pelos arts.3º e 25, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, compreende dois aspectos: um individual que é o direito de todo ser humano a não ser privado de sua vida e outro social que é o direito a um nível de vida adequado a ser promovido pelo Estado. Dentro desta perspectiva, salienta Mercedes Del Pozo que “o direito a um meio ambiente saudável aparece como uma extensão do direito à vida, já que salvaguarda a própria vida humana propiciando a base para a existência física e de saúde de todos os seres humanos, assim como uma qualidade e condições de vida dignas” (tradução nossa)⁴⁰ .

Assim, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é a concretização do direito fundamental à vida. O direito à vida, que se encontra resguardado tanto no artigo 22 da Constituição santomense, quanto no art.5º, caput,

³⁷ DEL POZO, Mercedes Franco. *Ob. Cit.*p.32.

³⁸ DEL POZO, Mercedes Franco. *Ob. Cit.*p.27.Nesse mesmo sentido: FELGUEIRAS, Santiago. *Ob. Cit.*p.16

³⁹ FELGUEIRAS, Santiago. *Ob. Cit.*p.17.

⁴⁰ DEL POZO, Mercedes Franco. *Ob. Cit.*p.49-50.

da Constituição brasileira, é um direito fundamental básico que, em face de sua abstratividade, necessita de algo que o materialize, e esse algo, é o que entendemos como direitos derivados do direito humano à vida, tais como o direito à integridade física, o direito à saúde, e o direito ao meio ambiente, visto que sem estes, é impossível a sobrevivência do ser humano como organismo vivo.

São muitas as objeções doutrinárias ao reconhecimento do direito ao meio ambiente no rol dos direitos fundamentais. Muitos autores se recusam a reconhecê-lo, assim como outros “novos direitos”, em virtude do receio doutrinário de que surja uma de “inflação de direitos” na área dos direitos humanos, a qual debilitaria o movimento dos direitos humanos, ao impedir a devida proteção não somente dos novos direitos como dos já reconhecidos⁴¹, fora a questão das denominadas “reclamações frívolas” que segundo Philip Alston vem buscando se firmar como direitos humanos, junto a problemas éticos fundamentais⁴².

Reconhecer o direito fundamental ao meio ambiente não implica no prevailecimento de um direito sobre os demais, mas sim na igualdade entre direitos fundamentais (não importando se são de primeira, segunda ou terceira geração), conforme nos amparamos na seguinte posição do professor francês Michel Prieur:

De qualquer maneira, a consagração constitucional do meio ambiente não é evidentemente a afirmação de uma preeminência do ambiente sobre os outros direitos fundamentais e sobre os outros interesses protegidos. Ele é o reconhecimento de uma igualdade de direitos fundamentais e sobre os outros interesses protegidos. Ele é reconhecimento de uma igualdade de direitos fundamentais conduzindo, no caso concreto, e sobre o controle dos juízes, a arbitrar entre os direitos existentes no mesmo valor jurídico (tradução nossa)⁴³.

Interessante notar que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado no artigo 49 da Constituição santomense⁴⁴, é reafirmado pela legislação infraconstitucional, conforme se observa no artigo 2º da Lei de Bases do Ambiente (Lei nº10/2001)⁴⁵, exposto abaixo:

⁴¹ FELGUEIRAS, Santiago. *Ob.Cit.*p.39.

⁴² ALSTON, Philip apud FELGUEIRAS, Santiago. *Ob.Cit.*p.39-40.

⁴³ PRIEUR, Michel. *Ob. Cit.* p.110.

⁴⁴ **Está previsto no art.49 (1) da Constituição de São Tomé e Príncipe: “Todos têm direito à habitação e a um ambiente de vida humana e o dever de a defender”.**

⁴⁵ ARAGÃO, André Aureliano. *Ob. Cit.*p.178. Diz o jurista santomense André Aragão sobre a Lei de Bases do Ambiente de São Tomé e Príncipe que “constitui um enorme avanço no direito positivo são-

Artigo 2º

Direito ao Ambiente

1. Todos os cidadãos têm direito a um ambiente humanos e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.
2. Incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo a iniciativas populares e comunitárias, promover a melhoria da qualidade de vida, individual e coletiva dos cidadãos.

Em face disto, inferimos ser o direito humano ao meio ambiente na realidade santomense, um direito que não enfrenta nenhum obstáculo jurídico para ser implementado, de modo que se o mesmo não é aplicado na realidade do país, é porque o órgão executor da norma (Governo, Governo Regional ou Câmara Distrital) está se omitindo em cumprir com a lei.

No Brasil, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se encontra amparado no art.225, da CF/88, que prevê: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defende-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Contudo, não há remissão expressa ao direito humano ao ambiente na legislação ordinária brasileira. Isto se deve ao fato de que após a Constituição Federal, praticamente, somente foram promulgados diplomas legais específicos a determinados setores do meio ambiente⁴⁶, enquanto que a principal lei que disciplina o meio ambiente em geral, é anterior à CF/88, ou seja, é a Lei nº6.938/81 que estabelece a Política Nacional de Meio Ambiente e que seria o diploma legal mais adequado para reconhecer no plano infraconstitucional o direito fundamental ao meio ambiente.

4 O MEIO AMBIENTE NAS CONSTITUIÇÕES DOS DOIS PAÍSES

tomense” de modo que a aprovação desse instrumento jurídico iniciou uma nova era no ordenamento jurídico santomense, em matéria ambiental.

⁴⁶ Por exemplo, em 1989, foram promulgadas duas leis, a 7802, relacionada ao destino final de embalagens, e Lei nº7804, que modificou trechos da Lei nº 6.981, mas não a alterou substancialmente, como talvez já necessitasse. Em 1995, veio a lei 8.974, de biossegurança; em 97, promulgou-se a lei nº 9.433, relativa aos recursos hídricos; em 98, tipificaram-se os crimes ambientais; em 99, tratou-se das unidades de conservação; em 2001, do Estatuto das Cidades; e em 2005, de uma nova lei sobre biossegurança, a lei nº 11.105.

A presença do meio ambiente no texto constitucional ocorreu em três etapas: uma etapa preliminar, quando a proteção constitucional ao ambiente ainda não reconhecia o meio ambiente como direito fundamental, foram o caso das constituições de algumas nações, então socialistas, como a Bulgária e a União Soviética; em seguida, já na década de 70, houve, então, o primeiro momento de constitucionalização do direito ambiental, com a sua adoção pela Constituição da Grécia (1975), Portugal (1976) e Espanha (1978), países que efetivamente consagraram o direito humano ao meio ambiente em seus textos constitucionais, como a exceção da Grécia e que acabaram de se libertar de regimes ditatoriais⁴⁷, buscaram dar seu “grito de liberdade” com a promoção das mais diversas modalidades de direitos humanos existentes, como resposta a opressão que haviam sofrido sob o jugo de regimes políticos autocráticos como o “Regime dos Coronéis” gregos, a lusitana ditadura salazarista e a ditadura espanhola de Francisco Franco⁴⁸, e por fim, depois da Conferencia do Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida na cidade do Rio de Janeiro (Brasil) em 1992, tem-se um segundo momento de constitucionalização do direito ambiental, com outros países já adotando os conceitos trazidos pela ECO-92, como o conceito de desenvolvimento sustentável, em seus diplomas constitucionais, como é o caso da Constituição argentina de 1994⁴⁹.

A inserção do direito ao meio ambiente nos ordenamentos jurídicos dos diversos países, pode se dar sob duas formas: a) iniciando-se com a positivação pelo direito positivo infraconstitucional (ou ordem jurídica legalizada) e depois eleva o ambiente à ordem jurídica constitucionalizada; ou b) primeiro o país reconhece em sua constituição a proteção ao meio ambiente (ou ordem jurídica constitucionalizada) e depois promulga um arcabouço legislativo adequado para a inserção do ambiente na ordem jurídica legalizada⁵⁰.

⁴⁷ BENJAMIN, Antonio Herman. *Meio Ambiente e Constituição: Uma Primeira Abordagem*. In BENJAMIN, Antonio Herman (Org.) *Anais do 6º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, de 3 a 6 de junho de 2002: 10 anos da ECO-92- O Direito e o Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.p.89-90.

⁴⁸ PORTUGAL. *Conselho da Europa, 50 anos de História*. In *Gabinete de Documentação e Direito Comparado*. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitoshumanos/sist-europa-historia.html>. acesso em: 14 abr.2006.

⁴⁹ BENJAMIN, Antonio Herman. *Ob. Cit.*p.90.

⁵⁰ BENJAMIN, Antonio Herman. *Ob. Cit.*p.101.

No primeiro modelo, com introdução pelo legalismo, tem-se o direito brasileiro que introduziu o direito ambiental com a edição de uma “lei de comando-e-controle” que era a Lei nº 6.938/81, denominada por Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (1981) e somente em 1988 promulgou uma constituição com previsão de normas sobre o meio ambiente.

No segundo modelo, com a introdução pelo constitucionalismo, tem-se o exemplo de São Tomé e Príncipe que somente introduziu o direito do ambiente no direito nacional com a promulgação da já revogada constituição de 1990 que foi reafirmada pela Constituição de 2003, e somente em 1998 aprovou uma lei de comando-e-controle denominada Lei de Bases do Ambiente.

Ainda, o jurista brasileiro Antonio Herman Benjamin abordando a questão da conveniência da proteção constitucional do ambiente, sistematiza vantagens, as quais se subdividiram em benefícios de “caráter substantivo” e benefícios externos, e os riscos da constitucionalização do meio ambiente.

Seriam benefícios da constitucionalização de caráter substantivo, aqueles que “reorganizam a equação dos direitos e deveres que caracteriza a ordem jurídica”, sendo enumerados os seguintes: a) estabelecimento do “dever de não degradar”; b) elevação da tutela ambiental ao nível de “direito fundamental”; c) limitação do direito de propriedade; d) legitimação da intervenção do Estado em favor do ambiente; e e) legitimação, tanto do cidadão, quanto da sociedade civil, para agir em defesa do meio ambiente, inclusive por meio de ações coletivas⁵¹.

Consideram-se benefícios externos ou formais aqueles relacionados à “afirmação concreta ou implementação das normas de tutela ambiental”, os quais são enumerados por Benjamin da seguinte forma: a) posição dorsal da norma constitucional do ambiente no ordenamento jurídico; b) segurança normativa; c) “paradigma da constitucionalidade ambiental” d) “permitir o controle de constitucionalidade de atos normativos hierarquicamente inferiores (controle formal e material)”; e e) guia para a (re) leitura do direito positivo nacional⁵².

Já os riscos decorrentes do processo de inserção do ambiente no texto constitucional são: a) “perigos da constitucionalização de conceitos, direitos e obrigações insuficiente amadurecidos, mal compreendidos ou até incorretos ou superados” b) dificuldade de atualização das normas, não acompanhando o

⁵¹ BENJAMIN, Antonio Herman. *Ob. Cit.* p.93-95.

⁵² BENJAMIN, Antonio Herman. *Ob. Cit.* p.95-97.

dinamismo do direito ambiental; e c) surgimento no ordenamento de normas constitucionais retóricas⁵³.

Conceito de Meio Ambiente

O meio ambiente não é conceituado por nenhuma das Constituições, tanto a brasileira, quanto a santomense. Desse modo, o significado jurídico de meio ambiente para o ordenamento jurídico dos dois países deverá se previsto nas leis infraconstitucionais⁵⁴ e em definições formuladas pela doutrina.

Segundo o jurista brasileiro José Afonso da Silva, o meio ambiente seria “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas suas formas”⁵⁵

O meio ambiente reúne, conforme a exposição do autor acima acitado, três aspectos básicos: o natural, o artificial e o cultural. O natural compreende a interação dos seres vivos e seu meio, onde se daria a correlação recíproca entre os seres e as relações destas com o meio ambiente físico que ocupam. Em face desta afirmação, José Afonso da Silva entende que o conceito de meio ambiente exposto no artigo 3º da Lei brasileira nº 6.938/81⁵⁶ é restrito a noção de meio ambiente natural⁵⁷. Já o direito santomense prevê o conceito legal de meio ambiente no artigo 17 da Lei nº10/2001, de 29 de dezembro de 1998, que estabelece as Bases do Ambiente na República São-tomense⁵⁸.

Confrontando o conceito legal de ambiente previsto no Direito brasileiro, com o do Direito santomense, percebe-se que a controvérsia sobre o conceito de meio

⁵³ BENJAMIN, Antonio Herman. *Ob. Cit.*p.97-98.

⁵⁴ No Direito brasileiro, o conceito legal de meio ambiente está previsto no art.3º, da Lei 6.938/81, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente. Já no Direito santomense, este conceito encontra-se previsto no artigo 17, da Lei nº 10/1999, de 29 de Dezembro de 1999, a qual define a Base da Política de Ambiente para o Desenvolvimento Sustentável da República Democrática de São Tomé e Príncipe.

⁵⁵ SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*.5ªed. São Paulo: Malheiros, 2004.p.20.

⁵⁶ Segundo o art.3º, **inciso I, da Lei brasileira nº 6.938/81: “meio ambiente , o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.**

⁵⁷ SILVA, José Afonso. *Ob Cit.*p.21. Contrariamente à posição defendida por José Afonso da Silva, o jurista brasileiro Édis Milaré entende que o conceito que o conceito legal de meio ambiente previsto na lei 6.938/81 contempla todos os aspectos do ambiente e não somente o aspecto natural. MILARÉ, Edis. *Direito Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁵⁸ **“Artigo 17. Ambiente é um conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações fatores econômicos, sociais e culturais, com efeito, directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem.**

ambiente existente no Direito brasileiro, não se aplica à realidade de São Tomé e Príncipe, pois o conceito legal deste país é tecnicamente mais adequado que o existente no Brasil, pois a função do direito ambiental não seria somente proteger a natureza intocada, mas “colocar a vida saudável como postulada básico a ser garantido a todos cidadãos”, o que implica na compatibilização entre os conflitos de progresso econômico com a conservação da natureza⁵⁹; não apresentando a conceituação ambígua existente no direito brasileiro, o qual se espera ser reformado com as diversas conferências nacionais de meio ambiente que o Ministério do Meio Ambiente brasileiro vem realizando e que segundo a ministra Marina Silva buscam “aperfeiçoar a política ambiental brasileira para que tenha a dimensão do Brasil e que considere a importância estratégica do nosso país para o futuro do mundo”⁶⁰.

Comparando-se os dois conceitos expostos pela legislação infraconstitucional, entende-se que o conceito de meio ambiente não seria um conceito de teoria geral do direito ambiental, aplicável a qualquer país, e sim, um conceito de direito positivo, pois a concepção de meio ambiente de uma população, variará de acordo com sua percepção ambiental acerca da realidade sócio-ecológica em que se encontra inserida.

A Previsão Constitucional

A inserção do ambiente em um texto constitucional ocorre sobre distintas normas. Assim, pode haver de existirem diversas normas constitucionais adotando os mais distintos recortes constitucionais ao prever algum tipo de proteção ao meio ambiente. Visando sistematizar tais normas, adotar-se-á uma classificação baseada na obra de Raul Machado Horta. Segundo Raul Machado Horta existem quatro tipos de normas constitucionais que lidam com a questão ambiental: a) regras de garantia; b) regras de competência; c) regras gerais; e d) regras específicas⁶¹.

⁵⁹ DELGADO, José Augusto. Aspectos constitucionais do direito ambiental. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo: Estudos em homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica 2002.p.200.

⁶⁰ SILVA, Marina. *Discurso de Marina Silva na abertura da Conferência Nacional do Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.jornaldomeioambiente.com.br/JMA-Cadernos/PolíticoAmbiental.asp>. Acesso em: 20 abr.2006.

⁶¹ HORTA, Raul Machado. *Constituição e Meio Ambiente*. In HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.p.308.

No entanto, entendendo-se que as normas constitucionais relativas ao meio ambiente abarcam outras em que não há a menção expressa à locução “meio ambiente”, como é o caso das normas existentes nos arts. 182 e 183, relativas ao meio ambiente urbano, ou as existentes nos arts.215 e 216, relacionadas ao meio ambiente cultural, sugere-se denominar as “regras gerais” por “regras esparsas” pois atenderia melhor ao conceito de meio ambiente consagrado pela doutrina no direito ambiental contemporâneo.

Assim, baseando na lição de Raul Machado Horta, existem quatro modalidades normativas no direito constitucional contemporâneo:

a) as “regras de garantia” enunciam direitos, garantias e mecanismos visando a efetividade do direito constitucional ao ambiente. Na Constituição brasileira estão previstas no art.5º, como o direito à vida, (*caput*), a liberdade de associação, o qual é aplicável às *ongs* ambientalistas (inciso XVII), a função social da propriedade (inciso XXIII), e a legitimação do cidadão para a proposição de ação popular em defesa do ambiente (inciso LXIII).

Já na Constituição política de São Tomé e Príncipe, estão previstas principalmente no artigo 10, alínea “d”, segundo o qual “São objetivos primordiais do Estado”; “d) Preservar o equilíbrio harmonioso da natureza e do ambiente”, no artigo 22, prevendo o direito à vida, e no artigo 35, prevendo o direito à liberdade de associação, o qual dá respaldo para o surgimento de *ongs* ambientalistas.

b) as “regras de competência” delimitam a atuação dos órgãos políticos do Estado em matéria ambiental. Na Constituição Federal brasileira, estão previstas nos artigos 21, XIX, XX e XXIII (competência exclusiva da União para instituir o Sistema Nacional de Recursos Hídricos, diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano e lidar com atividade nuclear); 22, IV (competência privativa da União para legislar sobre água); 23, III, IV,V,VI,VII e IX (competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para proteger o patrimônio cultural, o acesso à cultura, meio ambiente, florestas, fauna, flora e promover o saneamento básico); 24, I, VI,VII,VIII (competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre direito urbanístico, proteção do meio ambiente, proteção ao patrimônio cultural e responsabilidade por dano ao meio ambiente); 30, VIII e IX (competência dos municípios para promoverem o ordenamento do território e a proteção do patrimônio histórico-cultural local).

Na Constituição santomense não há uma repartição da matéria ambiental quanto as competências, principalmente em virtude da estrutura unitária do Estado são-tomense, existindo competência gerais que se subdividem quanto a área de atuação, salvo aquelas competências entendidas como da nação. Assim, existem normas que estabelecem a competência constitucional geral, tanto legislativa quanto administrativa, entre alguns órgãos políticos do Estado como a Assembleia Nacional (arts.97 e 98) e o Governo (art.111) que podem interferir no direito ambiental santomense a nível nacional; existe as competências legislativas e administrativas regionais e locais da Região Autônoma de Príncipe e das Autarquias Locais (artigo 143 (1), da Constituição).

c) as “regras esparsas” são aquelas que abarcam todas as normas que não costumam ser entendidas como normas ambientais, pois cuidariam de campos que o senso comum costuma entender excluído da preocupação ambiental como o ordenamento urbano, o meio ambiente do trabalho e o patrimônio cultural. Na Constituição brasileira tem-se esta modalidade de norma constitucional do ambiente nos artigos 170, VI (como princípio da ordem econômica); 182 e 183 (política urbana); 186, II (função social da propriedade); 200, VIII (colaboração do SUS na proteção do meio ambiente, inclusive o do trabalho); 215 e 216 (cultura); e 225 (capítulo específico do meio ambiente).

Na Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe, as regras esparsas estão previstas no artigo 43, alínea “d”, condições de higiene no ambiente de trabalho, artigo 4 (1ª parte), e 49 (2), no tocante ao ordenamento urbano e artigo 28 e 56 (1-2) (normas relativas ao meio ambiente cultural).

d) e as “regras específicas” que são aquelas que tratam expressamente do meio ambiente, que costuma ser confundido com o aspecto natural. Estão expressamente previstas na Constituição Brasileira no seu artigo 225 e na Constituição Santomense em seu artigo 49 (1ª parte).

5 CONCLUSÕES ARTICULADAS

Reconhecer o direito fundamental ao meio ambiente não implica no prevailecimento de um direito sobre os demais, mas na igualdade entre direitos fundamentais.

Comparando-se os dois conceitos expostos pela legislação do Brasil e de São Tomé e Príncipe, entende-se que o conceito de meio ambiente não seria um conceito de teoria geral do direito ambiental, aplicável a qualquer país, e sim, um conceito de direito positivo, peculiar a cada ordenamento jurídico.

Classificam-se as normas constitucionais que lidam com a questão ambiental em quatro modalidades a saber: a) regras de garantia, b) regras de competência; c) regras esparsas; e d) regras específicas.

POR UM DIREITO DE PROMETEU: O DIREITO ENTRE A PÓS-MODERNIDADE E A MODERNIDADE EM UM CONTRIBUTO DE BOAVENTURA SANTOS E NIETZSCHE

George Lima Carvalho

RESUMO

O artigo analisa as influências da sociedade atual à ciência do Direito. Por sociedade atual adotou-se a concepção pós-moderna para a análise do período atual de mudanças e transição paradigmática que vem acometendo as novas ciências. A linha adotada é claramente epistemológica, analisando os avanços e mudanças científicas e o papel do Direito enquanto ciência e enquanto instrumento do poder.

Palavras-Chave: Pós-modernidade. Epistemologia jurídica. Ciência jurídica.

ABSTRACT

The article analyzes the influences of modern society to the science of law. For current society it was adopted the postmodern conception to the analysis of the current period of change and paradigm shift that has been occurring in the science's conception. The line taken is clearly epistemological, analyzing progress and scientific changes and the role of law as a science and as an instrument of power.

Keywords: Postmodernism. Legal Epistemology. Legal science.

1 INTRODUÇÃO

O que se escreve a seguir é sobre angústias: a primeira, da sociedade pós-moderna, a segunda da ciência pós-moderna, em especial a jurídica. Tais angústias advêm, principalmente, destes tempos atuais, reflexivos ou pós-modernos.

A análise visa, portanto, conceituar a pós-modernidade, delimitá-la e, após, colocar as suas condições sociais e teórico-científicas em primeiro plano de forma esclarecida. Neste ponto, é inegável que há uma abertura a um novo pensar nas ciências, frutos das novas descobertas científicas que ruíram com algumas das bases originadas no século XVI com Bacon.

Outrossim, este influxo de novidades afeta diretamente a ciência do Direito. Entre dois pontos – o social e o científico – a ciência do direito pode ser posta como convergente: é, de um lado, instrumento de saber científico e, de outro lado,

instrumento de poder. Sua localização juntamente aos condicionadores pós-modernos a coloca como um dos espelhos da sociedade, uma das instituições que refletem o que a sociedade é e como ela se configura.

2 A PÓS-MODERNIDADE: UM EMARANHADO DE ANGÚSTIAS

Escrever sobre a pós-modernidade é adentrar em um terreno instável¹ por conta de três circunstâncias principais: a pós-modernidade não tem por característica o consenso, inclusive faltando-lhe o consenso acerca de sua própria denominação como pós-moderna.

Esta primeira questão não é tão somente de estilo. A denominação traz todo um conteúdo diferenciado. Dois exemplos. Primeiro, a denominação “modernidade reflexiva” encontrada na obra conjunta de Beck, Giddens e Lash (BECK; GIDDENS; LASH, 1997). Esta modernidade reflexiva se coloca com algumas particularidades em relação às outras teorias pós-modernas na medida em que nesta “os indivíduos tornaram-se cada vez mais livres da estrutura; na verdade, eles têm de redefinir a estrutura (ou, como diz Giddens, a tradição) ou, de maneira ainda mais radical, reinventar a sociedade e a política” (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 210).

Segundo exemplo pode ser dado na concepção de Lipovetsky acerca do fim da pós-modernidade. Após localizar a existência de uma hiper denotação, como uma engrenagem do extremo, a caracterizar os elementos sociais, consubstanciado em uma escalada paroxística do sempre mais: por exemplo, o individualismo, que se torna hiperindividualismo neste contexto, devido ao excesso quanto à valorização do individual e, ao mesmo tempo, da degradação do indivíduo. O autor pondera, por fim, que “a pós modernidade não terá sido mais do que um estágio de transição, um momento de curta duração” (LIPOVETSKY; CHARLES, 2004, p. 58).

A segunda circunstância ou obstáculo é a existência do pós-moderno enquanto fenômeno incipiente e em desenvolvimento, que, porém, não é marcado pela nitidez, inclusive sobre a sua existência². O próprio Lipovetsky enxerga na pós-modernidade um movimento transitório que já se encontra esgotado. Para Latour, a pós-modernidade não somente é inexistente, como pondera o seguinte acerca do

¹ Raros são os artigos científicos que não começam com essa ponderação acerca da pós-modernidade. Para perfazer a tradição, aqui ela se repete.

² Para o autor, a pós-modernidade já não mais existe ante o seu esgotamento enquanto movimento transitório.

movimento pós-moderno: “Não fui capaz de encontrar uma palavra suficientemente vil para designar este movimento, ou antes, esta imobilidade intelectual através da qual os humanos e os não-humanos são abandonados à deriva” (LATOURE, 1994, p. 60)³.

Por fim, a terceira é a advertência de Bordieu sobre o senso profético que incute os sociólogos diante das demandas do seu público-alvo que requer respostas acerca das inquietações sócio-políticas: “Ao aceitar definir seu objeto e as funções de seu discurso em conformidade com as demandas de seu público, (...) o sociólogo faz-se profeta” (BOURDIEU; CHAMBOREDON; PASSERON, 2010, p. 37).

Há, ainda, a seguinte reflexão adicional, sobre a preponderância da reflexão teórica sobre os dados empíricos ou até sobre nenhum dado empírico acerca dessa nova percepção da realidade:

“A extensão na qual essa nova visão alternativa de mundo expressa primariamente as percepções acadêmicas de ruptura radical (e que constituem, assim, linhas de especulação amplamente interessantes) e em que medida a mensagem pós-moderna descreve acuradamente as alterações nas atitudes e ações sociais e individuais, isso está ainda para ser estabelecido por meio de pesquisa empírica, abundante, séria e metodologicamente fundada, antes que pela reflexão meramente teórica” (SHINN, 2008, p. 50).

Antes de prosseguir se faz necessária uma breve distinção: pós-modernidade é um período histórico específico pautado por alterações institucionais sócio-políticas e com reflexo na sociedade. De outro lado, o pós-modernismo é uma mudança que ocorre no contexto artístico e estético, influenciando as artes, a arquitetura e a literatura (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 233).

Em resumo a este tópico, tem-se uma pluralidade de concepções e instabilidades sobre o pós-moderno, mas, desta falta de consenso, surge uma percepção: o pós-moderno se encaixa mais como uma reflexão sobre os paradoxos vividos e observados na sociedade atual do que uma doutrina consensual em si. Ou

³ Para o autor a modernidade sequer existiu, foi apenas um projeto. O projeto da modernidade, fincado nas bases dos pensamentos de Hobbes, responsável pelos recursos necessários para se falar sobre o poder, e Boyle, responsável pelos recursos necessários para falar da natureza, acabaram por criar uma distinção ontológica entre o ser-humano (sociedade, política) e as coisas-em-si (natureza, ciência) que justificava a existência da modernidade. Neste contexto, o pós-moderno seria a concepção de que há um problema na constituição moderna, o enxergar dos híbridos, mas sem haver um passo crítico-empírico mais avançado. É o que Boaventura passa a denominar de teoria crítica pós-moderna nos moldes modernos.

seja,“ é o estado reflexivo da sociedade ante suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo de seu *modus actuandi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade”(BITTAR, 2008, p. 137).

É a transição do modelo moderno em contraponto com o modelo pós-moderno. Não há um consenso, nem deve haver por muito tempo, afinal é uma época de transição e, acima de tudo, é uma época de angústia agorafóbica: “foi o sujeito de um extremo a outro e, deixando na Modernidade o mal-estar sufocante atribuível à radicalização do Simbólico, se angustia pós-modernamente perdido no vasto e ubíquo deserto do Real” (COSTA; MOREIRA, 2010, p. 232).

2.1 FIXANDO UMA CONCEPÇÃO DE PÓS-MODERNIDADE: AS DIRETRIZES PROPOSTAS POR BOAVENTURA

Dentre as difusões e constatações sobre a pós-modernidade, adotar-se-á a concepção⁴ de Boaventura de Sousa Santos. Esta concepção é pautada em uma pós-modernidade constituída como uma transição paradigmática dupla, com base em uma crise de regulação social e uma crise de emancipação social (SANTOS, 1999, p. 35)

Diante disto, adota-se o autor pelos seguintes motivos: o primeiro, porque é o autor que aborda a questão da epistemologia e da ciência de forma mais acentuada, uma vez que o desenvolvimento dos seus trabalhos sobre a pós-modernidade se iniciam pela ruptura do paradigma epistemológico; o segundo, por suas posições acerca do Direito como elemento de reflexão da sociedade⁵; e o terceiro, por fim, diante da precedência da ciência na elaboração de uma teoria crítica da pós-modernidade⁶. Neste ponto cabe uma digressão.

⁴ Não se trata aqui de uma concepção no sentido de conceito. Em outras palavras, as considerações de Boaventura sobre a pós-modernidade não se encaixam em um conceito sistematizado e elaborado por notas distintivas, como é comumente colocado por alguns teóricos em ciências humanas. Para o autor, em suas considerações epistemológicas, a pós-modernidade é um período de transição entre um paradigma dominante para um paradigma emergente. O foco da obra se volta ao paradigma emergente e seus contornos/nuances, sendo uma obra mais propositiva do que tão-só analítica.

⁵ Um dos seus espelhos, segundo o autor.

⁶ O autor não concebe que possa haver uma teoria crítica da pós-modernidade enxerta com os vícios que colocam a teoria crítica da modernidade de alguns autores dentro da modernidade. A teoria crítica da pós-modernidade deve ser construída dentro dos parâmetros pós-modernos, o que a torna, até certo ponto, dialética em sua finalidade de romper com o conhecimento posto.

A digressão começa pelo que se entende por conhecimento: o conhecimento é um processo em forma de trajetória entre o ponto inicial que é a ignorância e o ponto final que é o conhecimento em si (SANTOS, 2002, p. 30).

Dentro desta perspectiva, o conhecimento possui duas formas se desvelar: como conhecimento-regulação, onde o ponto inicial (ignorância) é o caos, e o ponto final (ideal ou conhecimento) é a ordem e, de outro lado, o conhecimento-emancipação, onde o ponto inicial é o colonialismo e o ponto final a solidariedade.

A base do conhecimento moderno seria o conhecimento-regulação subjugador do conhecimento-emancipação. Na teoria crítica pós-moderna os papéis se invertem, sendo o conhecimento-emancipação a base: é deste que se extrai que o outro ser humano não se posta como objeto dentro das relações intersubjetivas, como ocorre com o colonialismo, mas, sim, como sujeito. O ponto final deste pensamento é o conhecimento-reconhecimento: o conhecimento voltado ao progresso ou à solidariedade.

A teoria crítica pós-moderna, por fim, tem as condições que a circundam como objetos passíveis de mudança: “o conhecimento é sempre contextualizado pelas condições que o tornam possível” e o seu progresso é através das mudanças dessas mesmas condições que o possibilitaram (SANTOS, 2002, p. 32).

O foco do autor irá ser, de início, nas ciências: a reformulação destas é necessária como uma forma de superação do conhecimento-regulação para um conhecimento-emancipação. A questão colocada do que se entende por conhecimento e quais são suas formas revela-se importante diante da proeminência de se colocar as ciências, dentre elas o Direito, como uma construção estritamente pós-moderna, ou seja, é necessária a ruptura com as designações modernas para a conceituação e análise da ciência como um elemento pós-moderno.

Aprofundando e esclarecendo ainda mais o que foi exposto acima:

a natureza da revolução científica que atravessamos é estruturalmente diferente da que ocorreu no século XVI. Sendo uma revolução científica que ocorre numa sociedade ela própria revolucionada pela ciência, o paradigma a emergir dela não pode ser apenas um paradigma científico (o paradigma do conhecimento prudente), tem de ser também um paradigma social (o paradigma de uma vida decente). (SANTOS, 2002, p. 74)

Diante disto, o conhecimento científico tem uma interpenetração com a sociedade, uma vez que dela emerge, bem como é por ela influenciado, uma vez

que é um mecanismo que conduz à emancipação. Portanto, a proeminência científica, e a sua consequente importância, é a primazia dessa interconexão.

3 A CIÊNCIA DA PÓS-MODERNIDADE: AINDA UMA CONCEPÇÃO DE BOAVENTURA

“Um discurso sobre as ciências” é o escrito que inaugura a reflexão de Boaventura Santos sobre a pós-modernidade e a postura do cientista em relação a esta configuração. O quadro de incerteza e caos apontados vem se agravando quando se depreende de alguns eventos e constatações atuais a liquidez da sociedade.

Boaventura não conceitua apenas apresenta as características que culminaram na pós-modernidade. Do pensamento posto em forma sistemática, chega-se à seguinte conclusão: o modelo de ciências é pautado no racionalismo científico ditado por Bacon e Descartes à luz do século XVI e aprimorado através do positivismo oitocentista – ou do século XVIII.

Nos subtópicos que seguem serão apresentadas as bases epistemológicas do paradigma dominante, os fatores que impulsionaram a crise do paradigma dominante e, por fim, o paradigma emergente. Não será uma análise completa, sequer resumida das concepções do autor, ao contrário: o foco será nos conceitos, noções e estipulações necessárias à condução do presente trabalho.

3.1 As bases epistemológicas do paradigma dominante

A primeira base da ciência do paradigma dominante é o modelo de racionalidade pautado em uma “observação descomprometida e livre, sistemática e tanto quanto possível rigorosa dos fenômenos naturais” (SANTOS, 2002, p. 62). Este modelo é pautado na matemática como lógica da pesquisa como enumeração, quantificação, experimentação e representação⁷.

Busca, primordialmente, a causa das coisas que poderá possibilitar, como consequência, o poder de formular leis e trazer ordem ao caos. Tal postura facilita o

⁷ Tal modelo é tão forte nas ciências naturais que um dos dissensos da física quântica envolveu a adoção ou não da matemática como base para a interpretação da medição quântica, onde a adoção da equação de Schrödinger determinaria a interpretação de um modelo lógico-matemático ou de outro modelo proposicional-idealista (GREENE, 2012, pp. 189-224).

determinismo mecanicista newtoniano e o determinismo laplaciano (PRIGOGINE, 1996, p. 20-21).

A segunda base da ciência é consequência da primeira: o totalitarismo da ciência, que “possibilita uma e só uma forma de conhecimento verdadeiro” (SANTOS, 2002, p. 61). Assim, não há conhecimento fora dela, uma vez que esta “nega o carácter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas” (SANTOS, 2008, p. 21).

Dentro disto, as ciências que precedem quaisquer outras ciências são as ciências exatas ou naturais. A ideia de natureza é central aqui: “A natureza é tão-só extensão e movimento; é passiva, eterna e reversível, mecanismo cujos elementos se podem desmontar e depois relacionar sob a forma de leis” (SANTOS, 2008, p. 25).

A análise desse objeto passível e demonstrável em leis se pauta em duas ferramentas: a matemática e a lógica são as opções metodológicas para o conhecimento, fato que torna o conhecimento possível como conhecimento quantificável – questão que se alinha com as características do objeto analisado; a segunda é consubstanciada na redução da complexidade dos fenômenos naturais através da divisão, classificação e sistematização do quanto foi quantificado.

Disso, resultam duas concepções de ciências sociais: a primeira trata-se, em uma análise rápida, de uma adequação dos pressupostos das ciências exatas e suas ferramentas ao estudo do ser humano e da sociedade; a segunda, “reivindica para as ciências sociais um estatuto metodológico próprio” (SANTOS, 2008, p. 33-34).

As duas, em que pesem as diferenças básicas, possuem um ponto de convergência, segundo Boaventura, que é partilhar no “modelo a distinção natureza/ser humano e tal como ele tem da natureza uma visão mecanicista a qual contrapõe, com evidência esperada, a especificidade do ser humano” (SANTOS, 2008, p. 39).

Os motivos da crise do paradigma dominante

O paradigma dominante encontra-se em crise diante das descobertas científicas propiciadas pela física quântica e pelas teorias de Einstein sobre o tempo e espaço. Tais considerações epistemológicas trouxeram a probabilidade em prol da certeza⁸, a ruptura do rigor da medição e, conseqüentemente, da matemática (SANTOS, 2008, p. 45).

A noção de causa, de lei e de distanciamento entre o sujeito e o objeto fulminam de forma igual o paradigma dominante. A causa nem sempre será possível, a lei nem sempre será referendável ou objeto de busca e a distância entre o sujeito e o objeto é completamente desfeita com a adoção do Modelo Padrão da Mecânica Quântica, que prevê, dentre outras coisas, a influência do sujeito na medição das partículas subatômicas (GREENE, 2012, p. 195).

Características do paradigma emergente

São quatro eixos principais do paradigma emergente: o primeiro é que “todo o conhecimento científico-natural é científico-social”; o segundo é que “todo conhecimento é local e total”; “todo conhecimento é auto-conhecimento” é o terceiro eixo; e, por fim, a constatação de que, dentro deste novo paradigma, “todo conhecimento visa constituir-se senso comum”(SANTOS, 2008, p. 60-92).

O eixo do conhecimento científico-natural como científico-social se refere a um volver das ciências naturais aos conhecimentos humanísticos como forma de renovação e de dotação de uma inteligibilidade dinâmica da natureza mediante a cientificidade das ciências sociais.

Assim é que, por exemplo, mediante a exploração do papel do sujeito como componente do conhecimento natural e da aproximação do objeto – passivo e determinado – em um objeto modificável e indeterminável. Porém não se trata de um conhecimento em que as ciências humanas se inserem nas ciências naturais, mas, sim, um diálogo entre as ciências, onde “a superação da dicotomia ciências naturais/ciências sociais tende assim a revalorizar os estudos humanísticos. Mas

⁸ Em verdade, a própria física newtoniana é probabilística, não somente a física quântica. A questão é que a probabilidade alcançada pela medição dos corpos macroscópicos trazem uma aproximação tão próxima ao zero, quanto a não ocorrência do evento, que podem ser considerada como quase impossível de acontecer.

esta revalorização não ocorrerá sem que as humanidades sejam, elas também, profundamente transformadas” (SANTOS, 2008, p. 70).

O que o autor visualiza é, antes, uma rede de interações entre as ciências humanas e naturais, primeiro pelo papel do sujeito produtor de conhecimento que, inevitavelmente encontra-se inserido dentro dos estudos humanísticos, logo, não eqüidistante do objeto, segundo mediante o papel da natureza como sendo o centro da concepção do sujeito, em fronteiras divisórias não tão nítidas entre ciências humanas (SANTOS, 2008, p. 71-73).

A concepção de que todo conhecimento é local e total visa destituir o pressuposto do conhecimento como sendo conhecimento disciplinar, ou seja, diviso em disciplinas estanques, tal concepção acaba por segregar “uma organização do saber orientada para policiar as fronteiras entre as disciplinas e reprimir os que as quiserem transpor” (SANTOS, 2008, p. 74). Ocorre a ignorância especializada em que o cientista é especializado em determinado ramo ou disciplina, não sendo capaz de dialogar com disciplinas semelhantes ou conexas.

A ciência do porvir não se trata mais de uma ciência disciplinada, mas, sim, de uma ciência dividida em compartimentos temáticos. Não se objeta a divisão, mas a transforma em uma divisão de acordo com assuntos correlatos. Assim é que o conhecimento é local.

Porém, este conhecimento produzido localmente, também é total, uma vez que se transporta para outras áreas do conhecimento, sendo uma ciência “assumidamente tradutora, ou seja, incentiva os conceitos e as teorias desenvolvidos localmente a emigrarem para outros lugares cognitivos” (SANTOS, 2008, p. 77). Há uma interface de troca de conhecimento entre as disciplinas locais, tornando-se totais no sentido de correlação, interação e aproveitamento. Não se trata de uma ciência universal ou totalizante, mas, sim, de uma ciência em que os conhecimentos dialogam entre si.

A “transgressão metodológica” é vital neste ponto porque somente mediante ela se faz possível a realização de um conhecimento local e total. Neste sentido, o progresso científico somente é possível mediante a criação de contextos em que os métodos possam ser cruzados, inovados ou aplicados fora do seu local de origem, podendo, com isso, inovar um determinado conhecimento.

A terceira constatação, que aproxima sujeito e objeto, trazendo ao primeiro o estudo científico como uma forma de auto-conhecimento, tem suas raízes na física quântica, onde a interferência humana na medição nas partículas subatômicas torna a onda de probabilidade em potencialidade (PRIGOGINE, 1996, pp. 51-57).

Os propósitos, as interferências e as consequências dos estudos científicos não somente resultam em fontes para novos estudos ou tecnologias, como também nascedouro do autoconhecimento do homem. É um conhecimento subjetivado, produzido de forma consciente com suas finalidades e pretensões.

A quarta e última característica se constitui na transformação do conhecimento científico como sendo conhecimento do senso comum. A ciência emergente propõe-se a admitir outras formas de conhecimento, sendo a principal o senso comum ou vulgar:

“A ciência pós-moderna, ao sensocomunizar-se, não despreza o conhecimento que produz tecnologia, mas entende que, tal como o conhecimento se deve traduzir em auto-conhecimento, o desenvolvimento tecnológico deve traduzir-se em sabedoria de vida” (SANTOS, 2008, p. 88).

4 O DIREITO NA MODERNIDADE

Posta a ciência, qual seria o papel da ciência do Direito? Ou seja, lhe competem peculiaridades? A resposta é afirmativa.

O Direito tem uma dupla via: é um instrumento de poder para aqueles sobre os quais ele é exercido e é, ao mesmo tempo, uma ciência. Aos olhos do cidadão comum o Direito se atrela a algumas das figuras básicas como o Advogado, o Promotor e o Juiz, assim é que se torna importante a manutenção dos seus predicativos. Aos olhos dos já iniciados⁹, ou que não sejam leigos, o Direito é ciência com todas as características que as ciências humanas preservam.

O direito da modernidade encontra-se assente nas bases científicas do paradigma dominante, que tem a racionalidade como principal tópico. O positivismo jurídico é a teoria que aproxima tal racionalidade do ideal de Estado, por isso, será analisado.

⁹ Utilizando-se aqui, analogicamente, a expressão cunhada por Thomas Kuhn.

Antes, porém, é preciso ponderar que o positivismo científico é a construção da ordem sobre o caos, tanto para as ciências naturais, quanto para as ciências humanas. O que seria a ordem neste contexto? A ordem seria a "regularidade, lógica e empiricamente estabelecida, através de um conhecimento sistemático" (SANTOS, 2002, p. 141).

O positivismo em face das ciências naturais visa a busca da regularidade na natureza, com a finalidade última de torná-la previsível e certa, logo, controlada. Esta forma de atuação se inverte nas ciências humanas, mas é a mesma ao final: visa o controle da sociedade, ou o como ela deve ser, para que assim ela seja natural, ou seja, previsível e certa. Assim é que ser o positivismo como o instrumento destinado a relevar os processos irracionais - tido aqui como processos que vão de encontro à racionalidade capitalista.

“O resultado final buscado pelos cultores do positivismo é o progresso” (BITTAR, 2008, p. 137). Este controle da natureza e da sociedade, aliado à busca pelo progresso, gerou uma inflação da ideia progressista, fato que culminou em algumas das situações ambientais e sociais que se enfrentam atualmente (BITTAR, 2008).

Assim é que o primeiro pensar sobre a posição do Direito na Pós-modernidade se reflete em seu papel social, em sua repercussão perante a sociedade, ou esta nova sociedade: não há como se pensar a ciência do Direito mais como enclausurada aos quatro cantos do prédio das faculdades ou dos órgãos judiciários.

Portanto, apresentar-se-ão as faces da evolução jurídica de acordo com os períodos da modernidade. E, para ser mais consistente, adotar-se-á a doutrina de Boaventura.

Portanto, dentro da perspectiva jurídico-política da modernidade, em um primeiro período, o Direito passa a ser estatizado, logo, transformado em um elemento técnico-científico. Em verdade, a própria sociedade estatiza-se, a partir do movimento confluyente em que as vontades e necessidades sociais, ou vontades e necessidades gerais, passam a ser substituídas e atendidas como vontade da maioria pelo Estado. Esta vontade se encontra em paralelo e de acordo, igualmente, com uma vontade do Estado, que se configura, por sua vez, em um ente jurídico-

político formado pelos governantes ou legisladores como representação da sociedade.

Neste primeiro contexto, o papel do positivismo como recurso epistemológico provedor da função ordem dentro do contexto caos (social) é vital: o conhecimento sistemático, que é o conhecer os comportamentos regulares, e a regulação sistemática, que é a (re)produção dos padrões ou regularidades, são os pilares da ordem positivista.

Assim, o Direito passa a ser autônomo dentro da unidade estatal como mecanismo que visa a regulação social, e o Estado passa a ser único diante da sua distinção com a sociedade civil. É, igualmente, dividido internamente: há a existência do Direito Público e Privado. O primeiro a caracterizar o Direito proveniente do Estado que visa regular as relações deste internamente e deste com os seus cidadãos. Já o Direito Privado é visto como algo disponível, posto à disposição dos seus sujeitos, com um caráter não estatal.

O segundo período do direito moderno dentro da sociedade capitalista é assinalado como o período em que o cumprimento de promessas da modernidade foi tido como inalcançável e, ao mesmo tempo, foi tido como desnecessário: aceitou-se o problema, porém eliminou-se em sua forma.

O capitalismo do segundo período caracteriza-se pelo gradual rompimento entre as demarcações da sociedade civil e do Estado. Assim é que o que caracteriza este período é a sua movimentação em conciliar interesses antagônicos: de um lado, do próprio sistema econômico que depende de uma regulação estatal para a sua sobrevivência (interferência do Estado na sociedade); e, de outro, da concessão de direitos sociais e políticos visando a diminuição da desigualdade social, fato que se externa após a tomada de poder por sindicatos, partidos operários e de classe.

Tais posições políticas fazem o primeiro e o segundo período alterarem o Direito em suas condições epistemológicas. Enquanto no primeiro período é a estabilização e equilíbrio entre normas e fatos, a dinamização da sociedade no segundo período, com a ascensão política de classes antagônicas à classe dominante, queda por exigir do Direito um dinamismo em sua cientificidade. Desta síntese surge um direito idiossincrático, particularizado, específico.

Por exemplo, a intervenção estatal na economia prescinde de pressupostos tão fixos, dispondo, por isso, de poderes discricionários mais amplos e livres,

poderes estes que atenuam a legalidade, e que devem se fazer incidir de forma mais dinâmica em acordo com a dinâmica econômica.

Neste terceiro período, o capitalismo se consolida após o fracasso e o triunfo sobre os meios alternativos à sua existência, sendo este período acompanhado de intensas mudanças sociais.

Tais eventos acabam por constitui uma ineficácia do Direito por conta da “discrepância da lógica interna e da autoprodução dos padrões do direito com os das outras esferas da vida social por ele reguladas” (SANTOS, 2002, p. 158).

5 UM CONTRIBUTO DE NIETZSCHE NA TENSÃO ENTRE O MODERNO, O PÓS-MODERNO E O PAPEL DO MÉTODO EM DIREITO: O INÍCIO DA CONCLUSÃO DESTE ARTIGO

5.1 O PENSAMENTO DE NIETZSCHE NO NASCIMENTO DA TRAGÉDIA

A tensão da modernidade e da pós-modernidade, com seus paradigmas, metodologias, compreensões e, principalmente, modo de atuar, remetem à obra “Do nascimento da Tragédia” de Nietzsche. Nesta, o filósofo conduz a criação da arte como sendo o equivalente da tensão entre dois impulsos: o apolíneo, referente à Apolo, o deus sol, o ente que personificava a ordem, o belo e, aqui, neste ponto, o seguro e o dionisíaco, referente a Dionísio, deus que personificava o caos, o impulso, a embriaguez dos sentidos e o sonho.

Nietzsche apresenta em “O nascimento da tragédia” três temas principais: a cultura helênica, o impulso dionisíaco e o impulso apolíneo.

O impulso apolíneo, por assim denominar, tem como base o próprio deus grego Apolo. Este era a representação mitológica do sol, das artes e da beleza. Em Nietzsche é trazido como o “*principium individuationis*”, de acordo com a obra de Schopenhauer. Tal *principium* é o que reparte a “vontade Una” em diversos fenômenos, em diversas representações/ilusões, ele também garante a individualização do ser humano perante outros seres humanos e outras coisas, uma vez que o princípio referido se confunde com o princípio da razão, que individua o ser humano.

Para representar isto, a metáfora trazida é a do barco frente à tempestade em alto mar: por mais que a tormenta prevaleça, o barco destaca-se, sendo o instrumento necessário para vencê-la.

Para Nietzsche o apolíneo não só se corresponde com o princípio da razão como é, também, fruto do apolíneo, como destaca no seguinte trecho: “poder-se-ia inclusive caracterizar Apolo com a esplêndida imagem divina do *principiumindividuationis*, a partir de cujos gestos e olhares nos falam todo o prazer e toda a sabedoria da "aparência" (NIETZSCHE, 1992,p. 30).

Assim é que o sonho representa Apolo e traz as formas perfeitas, completas, unificadas, pesadas ou leves, que aparecem aos homens como uma representação de um mundo à parte do que aquele em que se está em contato quando acordado. Por isso o sonho é fonte de inspiração para os artistas.

Já a embriaguez é uma condição existente quando o homem está em contato com a realidade, com o mundo, e diz respeito ao desnorreamento, à perda da noção do indivíduo como indivíduo, como ser subjetivamente único, enxergando-se como ser componente da natureza, como reconciliado com os seus semelhantes, outros homens.

O que se considera em Nietzsche como apolíneo e que se tornou o progresso da cultura é que Apolo, o deus representativo da beleza e das formas perfeitas, foi o eleito pela cultura helênica como o vetor necessário à sua construção.

Assim é que, nesta, Apolo representa uma similaridade que Maia representava aos indianos. A arte grega tem como sustentáculo a beleza de Apolo: a realidade é disfarçada, sendo pautada em ideais de beleza, de prosperidade e de perfeição, escondendo-se, assim, o que resta como feio e impuro, de dor e sofrimento. Apolo é a aparência que esconde o que de pior reside na condição humana e na realidade em si.

Ainda acerca do sonho, Nietzsche faz a ponderação deste ser a aparência da aparência. Explica o raciocínio tomando como base a realidade empírica como a aparência do Uno primordial (a coisa em si, ou a essência do ser), que o sonho ao ser uma aparência que se faz da aparência, acaba por ser a realização da “satisfação mais elevada do apetite primevo pela aparência”(NIETZSCHE, 1992, p. 39).

De outro lado, o dionisíaco é confundido com o Uno-primordial por desvelar o fim último das coisas, a coisa em si ou essência do ser. O dionisíaco é referido assim por ser o que se esconde atrás das aparências do apolíneo, tal qual a música. Por tudo o quanto foi exposto, a tragédia seria a união das duas forças expostas. Não com o fito de torná-las aplacadas, mas, sim a dialeticidade conflitiva entre estes dois elementos. Explica-se Nietzsche com o seguinte trecho:

O mito trágico só deve ser entendido como uma afiguração da sabedoria dionisíaca através de meios artísticos apolíneos; ele leva o mundo da aparência ao limite em que este se nega a si mesmo e procura refugiar-se de novo no regaço das verdadeiras e únicas realidade (NIETZSCHE, 1992, p. 131).

Portanto, o mito trágico e a própria tragédia em si seria um fluxo das representações apolíneas ao refluxo dos impulsos dionisíacos, sendo que, enquanto a primeira se propõe a representar o dionisíaco, esta a leva ao ponto que consiste em sua própria razão de existir: o encobrimento do real, do trágico, com o fito de fazer existir uma serenidade, uma aparência construída em beleza. Esse ir-e-vir entre os dois impulsos contraditórios faria por surgir a arte trágica.

O texto continua com a apresentação dos impulsos dionisíacos e apolíneos em outras entidades além da tragédia grega: política, cultura e até a ciência podem ser analisadas sob esses dois vetores. Cria-se a cultura trágica; a sociedade, com a representatividade de Apolo (Estado) e de Dionísio (Política); entre outros.

Por fim, esse ir e vir conciliatório, esta união de forças contrapostas e criadoras se conclui com a consciência de que o indivíduo necessita da força subjugadora apolínea, da aparência, para penetrar o substrato dionisíaco. O fator que faz a mediação entre essas duas é a justiça, o equânime, em um sentido de equilíbrio eterno.

5.2 A TENSÃO DA MODERNIDADE E DA PÓS-MODERNIDADE COMO UMA TRAGÉDIA

O corte do artigo, a partir deste ponto, irá se direcionar a alguns elementos exemplificadores da síntese. Posto isto, assinala-se que a influência da modernidade sobre o direito, ou mais simplesmente, a modernidade jurídica, pode ser posta sobre o paradigma dominante como pautada na (i) racionalidade; (ii) no positivismo jurídico

– sob a dupla égide do determinismo e do progresso; (iii) na redução da complexidade social mediante a técnica sistemática e a da legalidade; e, por fim, (iv) na sobreposição do direito produzido pelo Estado (estatal) sobre outras fontes de normas jurídicas, como o direito supra-estatal e o direito infra-estatal. Tais bases têm, acima de tudo, o racional e a segurança. São referenciais apolíneos indubitavelmente.

Do outro lado se encontra a pós-modernidade, que, aos poucos, se insere no paradigma científico através de questões sociais latentes principalmente e, epistemologicamente, requerendo uma abertura (i) às novas formas de conhecimento que não o científico, incluindo-se, aqui, o conhecimento advindo do senso comum; (ii) a ampliação da complexidade, que seria considerar as particularidades de segmentos sociais excluídos ou postos à margem da ordem jurídica; (iii) a abertura às novas formas de fontes ou produções jurídicas, que se corresponde ao posto no item anterior, mas não se esgota nele, a exemplo do pluralismo jurídico. Tais requerimentos, necessidades e pontuações são latentes, são condições para a crise, introduzindo uma nova dinâmica social dentro do particular mundo jurídico, são, portanto, impulsos dionisíacos.

Antes de prosseguir, faz-se necessário invocar-se a figura do titã Prometeu¹⁰ nietzschiano. Esta é a figura que demonstra a duplicidade em seu existir: neste se condensam os impulsos apolíneos e dionisíacos. Ao mesmo tempo em que conserva a sua natureza divina, o personagem se propõe a tarefas que incluem o sacrilégio, resultando-lhe dor e sofrimento como punição.

A dação do fogo à humanidade lhe custa o sofrer eterno, mas, em compensação, a esta é dado o poder sobre o material, sobre um elemento necessário à sua existência. Assim, Prometeu é definido por Nietzsche nas seguintes palavras:

E assim a dupla essência do Prometeu esquiliano, sua natureza a um só tempo dionisíaca e apolínea, poderia ser do seguinte modo expressa em uma formulação conceitual: "Tudo o que existe é justo e injusto e em ambos os casos é igualmente justificado (NIETZSCHE, 1992, p. 69).

¹⁰Prometeu é o titã que criou o homem e rogou a ele a (cons)ciência do fogo. O titã ajudou os deuses a destronar Cronos e enclausurá-lo no Tártaro, tornando-se muito próximo de Zeus e dos homens. A proximidade de Prometeu com os humanos enfureceu Zeus, que tomou da raça humana o domínio do fogo. Prometeu, então, ludibriou Zeus para restituir o domínio do fogo à humanidade, sendo punido por este feito com a prisão e à tortura eterna..

Quando, ao título, e ao longo do artigo, se expôs as questões da modernidade e da pós-modernidade e se invocou o direito de Prometeu quis-se referenciar isto: a abertura da ciência do Direito às novas formas científicas – ou paradigma emergente – e às estruturas sociais que se encontram latentes.

Portanto, a conciliação entre o dionisíaco (impulso da crise) e o apolíneo (posto como o moderno) ocorre mediante a abertura do apolíneo às novas configurações sociais postas neste período de transição que é a pós-modernidade e, igualmente, pela adoção de uma nova forma de ordem e racionalidade, logo, um novo senso jurídico, conciliador dos impulsos.

Neste primeiro ponto, o direito conciliador, deve ser pautado na abertura do seu sistema à complexidade e às novas necessidades sociais – logo, como um conhecimento-emancipação. Uma alternativa é o pluralismo jurídico que encontra expressão em autores nacionais como Wolkmer, que propõe o pluralismo jurídico comunitário-participativo, como uma:

propensão segura de se visualizar o direito como fenômeno resultante de relações sociais e valorações desejadas, de se instaurar outra legalidade apartir da multiplicidade de fontes normativas não obrigatoriamente estatais, de uma legitimidade embasada nas justas exigências fundamentais de sujeitos sociais e, finalmente, de encarar a instituição da Sociedade como estrutura descentralizada, pluralista e participativa (WOLKMER, 2001, p. 78).

A redução da complexidade e latência social não é mais possível. O positivismo, igualmente¹¹ é falho em impor a ordem e a previsibilidade. Faz-se, desta forma, necessária uma nova configuração do progresso.

Portanto, o paradigma dominante será superado pelo paradigma emergente, trazendo novas formas de saber ao mundo jurídico, tornando-o interdisciplinar não somente na elaboração dos conteúdos normativos, mas na forma da interpretação e aplicação da lei: “os centros geradores de Direito não se reduzem, de forma alguma, às instituições e aos órgãos representativos do monopólio do Estado, pois o Direito, por estar inserido nas e ser fruto das práticas sociais, emerge de vários e diversos centros de produção normativa”. (WOLKMER, 2001, p. 152).

¹¹ **A visão aqui retratada é do positivismo jurídico como um catalisador da crise, haja vista que “não tendo mais condições de oferecer soluções funcionais, o modelo técnico de positivismo jurídico dominante revellá-se a própria fonte privilegiada da crise” (WOLKMER, 2001, p. 75)**

A abertura do sistema jurídico mediante a consideração do estatuto de norma jurídica às formas de produção normativas não institucionalizadas, ou com baixo grau de institucionalização, constitui-se em um modelo que aproxima o direito da realidade.

Acerca do outro ponto, a adoção de uma nova forma de ordem ou racionalidade, se faz menção, aqui, ao modelo estético do Direito. Adota-se a teoria de Luis Satie ao propor o senso artístico como uma aproximação da realidade, fato inalcançável pela ciência: “O *ethos* artístico re-significa o *pathos* científico valendo-se de suas múltiplas habilidades de criar e recriar no caos, instaurando ordens - formas por onde transitam sentidos”. (SATIE, 2010, p. 68).

A ciência inspirada na racionalidade moderna enquanto observadora distante e neutra dos fatos ou fenômenos, inspirando a aplicação de medida, descrevendo as causas e moldando a realidade, ruiu no pós-moderno. Assim, a nova configuração da relação entre o homem e sociedade com a realidade deve se configurar mediante o senso artístico, estético: “a arte habita o sensível, contagia os corpos, rebenta a “pele das coisas”, para mostrar como as coisas se fazem coisas e o mundo se faz mundo” (SATIE, 2010, p. 69).

Portanto, esta nova abertura do positivado normativamente e do paradigma dominante à realidade social dinâmica, pós-moderna, de crise, se faz mediante a reconfiguração da racionalidade científica, determinista, por uma racionalidade estética (SANTOS, 2008, pp. 86-87), particular, de conhecimento local e totalizante e, de outro lado, pela adoção de novos saberes jurídicos, de noções interdisciplinares na aplicação e na formulação do direito, através de uma nova significação da legitimidade aos sujeitos coletivos não-institucionalizados (WOLKMER, 2007, pp. 96-98).

6 CONCLUSÃO

Apesar das considerações contrárias, divergentes, pode-se concluir, inicialmente, que a emergência de novas tecnologias, de pautas sociais antes inconcebíveis e de novas formas normativas ou necessidades sociais e, tudo isto, de forma tão célere, requer uma nova configuração do Direito.

O Direito é o instrumento que torna ainda mais latente e urgente às classes, segmentos, grupamentos sociais que, ao se verem postos à margem do Direito, requerem a sua inclusão dentro de sua ordem jurídica.

Em outras palavras, há uma necessidade de legitimação dos ditames da pós-modernidade e esta necessidade, quanto mais não atendida, quanto mais posta fora da abertura sistêmica do Direito, se torna mais latente e necessária.

Assim é que o Direito de Prometeu é a conciliação necessária entre a natureza que busca o derretimento dos sólidos, das certezas postas, a natureza destrutiva, em face da ordem posta, racional. O dionisíaco deve ser considerado, inserto na ordem apolínea. E a ordem apolínea deve trazer ao dionisíaco a limitação, o controle.

Assim, a abertura do sistema jurídico com as suas concepções de legitimidade e legalidade perante as latências sociais pós-modernas e estas significadas perante uma institucionalização de ordem e segurança.

O Direito, então, e esta é a conclusão essencial deste artigo, é um espaço nitidamente de pressão. As forças pós-modernas, tão latentes e distintas, encontram no Direito um espaço único para agregar seus paradigmas e, assim, pautar-se nas exigências que entendem como mais urgentes para a concretização dos seus planos de alçada.

Isto é concretizado em uma ciência que se torna mais aberta aos influxos sociais, porém, de outro lado, fecha-se na medida em que seu sistema deve ser autorregulado pela premissa de que somente pode ser linguagem jurídica aquilo que o Direito determina como tanto.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. **Revista Seqüência**, Florianópolis, v. 29, n. 57, p.132-151, dez. 2008. Semestral. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p131/13642>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, J. C.; PASSERON, Jean-Claude. **Ofício de sociólogo**: metodologia da pesquisa na sociologia. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010

COSTA, D. B.; MOREIRA, J. O. Angústia e declínio da representação: uma leitura psicanalítica do mal-estar na contemporaneidade. **Psicologia & Sociedade**, p. 225-235, 2010. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822010000200003>.. Acesso em: 29 de jun. 2014.

GREENE, Brian. **A realidade oculta: universos paralelos e as leis profundas do cosmo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LATOURETTE, Bruno. **Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **O nascimento da tragédia: ou, helenismo e pessimismo**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza**. São Paulo: UNESP, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Do pós-moderno ao pós-colonial. CONFERÊNCIA DE ABERTURA DO VIII CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2014

_____. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002

_____. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008

SATIE, Luis. O modelo estético: pelo fim da ciência jurídica. **Controvérsia**, São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 54-71, set. 2010, Quadrimestral. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/controversia/article/view/5207/2468>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

SHINN, Terry. Desencantamento da modernidade e da pós-modernidade: diferenciação, fragmentação e a matriz de entrelaçamento. **ScientiæStudia**, São Paulo, v. 6, n. 1, p.43-81, mar. 2008. Trimestral. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ss/article/download/11121/12889>>. Acesso em: 30 jun. 2014

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Ômega, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. **Revista Seqüência**, Florianópolis, v. 28, n. 54, p.132-151, jul. 2007. Semestral.

Disponível em:

<<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15069/13736>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

O LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS: UMA APRESENTAÇÃO

Line Lobo¹

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de fazer uma análise sobre a concepção “política não metafísica” de justiça de John Rawls. Para fazê-lo, destaca o que poderíamos chamar de transformação da teoria da justiça como equidade de uma concepção abrangente e kantiana de justiça para uma concepção política, não metafísica que se apresenta como uma nova versão de liberalismo político. Parto, para tanto, da apresentação geral de *Uma teoria da justiça*, que se justifica pelo fato de ela ser, de início, o objeto das críticas que lastream as revisões feitas por Rawls, até chegar na interpretação política não metafísica, ou seja, em sua forma de liberalismo político.

Palavras-chave: Rawls. Liberalismo Político. Equidade. Consenso Sobreposto.

1 INTRODUÇÃO

A filosofia política anglo-saxônica do século XX, mais precisamente em sua segunda metade, encontrou no pensamento político de John Rawls, filósofo norte-americano, professor da Universidade de Harvard, a renovação do interesse filosófico pela questão da justiça. A concepção de justiça como equidade rawlsiana marca o século XX em sua tentativa de conciliar liberdade e igualdade. Suas obras mais célebres como *Uma teoria da justiça* e *Liberalismo Político*, especialmente, buscaram desenvolver essa temática e apontaram para a necessidade de estabelecer os princípios norteadores de uma sociedade democrática, mais justa e plural. Com este objetivo, Rawls revisa e modifica sua concepção de justiça como equidade apresentada em *Uma teoria da justiça* e a consolida como “política, não metafísica” em *O Liberalismo Político*.

Em *Uma Teoria da justiça*, publicada em 1971, Rawls se interroga sobre quais são os princípios e as instituições fundamentais de uma sociedade justa, construída hipoteticamente por cidadãos livres e iguais ao tempo em que apresenta sua teoria da justiça como equidade como alternativa, sobretudo ao utilitarismo, que considera um ato moralmente correto aquele que produz a maior felicidade para o maior número de membros da sociedade.

¹ Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFBA. E-mail: lineclobo@gmail.com.

Nessa obra, Rawls atualiza a noção clássica de contrato social a fim de desenvolver uma teoria liberal ampla de direitos e liberdades essenciais, onde apenas são admitidas desigualdades de renda e riqueza que possam favorecer aos menos favorecidos. Seu objetivo era generalizar e elevar a um nível mais alto de abstração a tradição do contrato social, e, com isso, formular uma concepção de justiça que representasse uma solução mais apropriada para as instituições de uma sociedade democrática composta por indivíduos livres, iguais e racionais, em contraste com o utilitarismo. Já que expressaria uma aproximação mais clara das convicções ponderadas em matéria de justiça em uma democracia.

Não obstante *Uma teoria da justiça* ter causado grande repercussão no cenário da filosofia política do século XX, ela foi alvo de inúmeras críticas, principalmente por parte dos comunitaristas. Em atenção aos questionamentos contra si lançados, em fevereiro e março de 1975 Rawls revisa seu texto original. E assim, uma quantidade significativa de textos foi publicada pelo autor a fim de responder às inúmeras objeções à sua teoria e melhor explicá-la, culminando com a publicação de *O Liberalismo Político*, em 1993, sua última obra com a mesma temática. É a partir dessas revisões que Rawls toma consciência do pluralismo de doutrinas e de concepções do bem, o “fato do pluralismo”, e passa a conduzir a concepção de justiça como equidade para uma concepção política e não metafísica.

2 A CONCEPÇÃO POLÍTICA DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

A partir dos textos de revisão, começa-se a observar o deslocamento da teoria da justiça de uma “teoria abrangente” para uma “teoria política”. Uma teoria abrangente comporta todos os aspectos da existência humana, inclusive o político, enquanto uma teoria política se limita apenas à estrutura básica da sociedade, entendida como as principais instituições políticas, econômicas e sociais de uma sociedade democrática. Rawls defende que, num Estado democrático de direito, a concepção de justiça deve ser pública e independente de doutrinas religiosas ou filosóficas particulares ou controvertidas. Por essa razão, ele reserva a aplicação da teoria da justiça como equidade à estrutura básica da sociedade. Dentre esses textos de revisão, um dos artigos mais importantes é *A teoria da justiça como equidade: uma teoria política não metafísica*, publicado em 1985, que se destaca como marco desta mudança, por ser nele que Rawls afirma expressamente que sua

teoria da justiça como equidade deve ser compreendida como **política, e não metafísica**.

Neste artigo, Rawls expõe a interpretação atualizada da concepção de justiça como equidade apresentada em sua obra clássica *Uma teoria da justiça*. E revela que tal concepção de justiça é talhada para ser aplicada, especificamente, à estrutura básica da sociedade, ou seja, às instituições econômicas, políticas e sociais de uma democracia constitucional e seu sistema unificado de cooperação, o que não fora dito expressamente nessa mesma obra. E ainda assegura sua independência em relação às pretensões filosóficas como as de uma verdade universal ou à natureza e identidade essenciais da pessoa. Segundo ele, as ideias intuitivas básicas presentes na teoria da justiça como equidade se combinam para formar uma concepção *política* da justiça, cuja referência é a democracia constitucional. Logo na introdução do artigo, Rawls esclarece que:

Neste trabalho farei algumas observações gerais sobre como entendo neste momento a concepção de justiça a que chamei "justiça como equidade" (*Justice as fairness*), apresentada no meu livro *Uma Teoria da Justiça*. Faço isso porque pode parecer que tal concepção depende de proposições filosóficas que eu desejaria evitar, como por exemplo a presunção da verdade universal ou de uma natureza e identidade essenciais das pessoas (RAWLS, 2000, p. 201)

A razão pela qual Rawls toma tal direcionamento pode ser explicada pela assimilação do “fato do pluralismo” à sua teoria. Bem como pelo intento de elaborar uma concepção de justiça que não dependa de pretensões filosóficas, morais ou religiosas e de uma verdade universal, assim sendo mais adequada a uma sociedade democrática e plural. Diante de tais recomendações de como uma concepção de justiça deve ser para se adequar a um Estado democrático moderno, o autor sustenta que uma concepção “política” de justiça responde mais apropriadamente às questões plurais que são lançadas para o corpo social numa democracia. Rawls afirma que não conseguiu destacar em TJ que sua concepção da „justiça como equidade“ deveria ser entendida como uma concepção **política**, que se coadunaria, mais adequadamente, com o “fato do pluralismo” e com o liberalismo político. Este último passa a ser desenvolvido como uma espécie de resposta às

incoerências e dificuldades encontradas em TJ. O resultado dessas revisões e mudanças é apresentado em *O Liberalismo Político*².

3 LIBERALISMO POLÍTICO: A TEORIA DA JUSTIÇA REATUALIZADA

Rawls apresenta *Liberalismo Político*, já tendo acrescentado o fato do pluralismo, e lança uma questão que passa a ocupar um lugar essencial na sua teorização da „justiça como equidade“, qual seja: como pode existir uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais divididos profundamente por doutrinas religiosas, filosóficas e morais opostas e diversas entre si? É com a formulação de uma forma própria de liberalismo, o seu liberalismo político, que ele busca a resposta. Sua problemática consiste em elaborar uma concepção de justiça política para um regime democrático constitucional que uma pluralidade de doutrinas razoáveis, como característica de uma cultura democrática livre, possa ratificar na construção de um acordo político público.

É como uma teoria de justiça política que John Rawls passa a caracterizar e definir sua concepção de justiça como equidade. A par disso, nota-se a passagem de uma concepção abrangente de justiça presente em TJ para uma concepção política de justiça observada e anunciada em LP. Essa passagem é conhecida como o „giro político“ ou *political turn* rawlsiano – levado a cabo pelo intuito de adequar sua concepção de justiça às suas pretensões de ter uma sociedade justa, estável e democrática.

Essa concepção política de justiça se concebe como independente de doutrinas abrangentes morais, filosóficas e religiosas e não pleiteia firmar-se como uma verdade universal, pelo contrário, sua aplicação é limitada à estrutura básica da sociedade e não a todos os aspectos da existência humana, como é feito por uma doutrina abrangente. Diante dessa perspectiva, Rawls intenta possibilitar a convergência dos juízos refletidos de justiça dos indivíduos para alcançar um consenso sobreposto,

Desta forma, são essas as características da concepção política da justiça que a faz ser uma modalidade de liberalismo político para Rawls. Logo, são nesses termos que se desenha o liberalismo político rawlsiano: como uma concepção de

² LP doravante.

justiça justificada pelos juízos e princípios reconhecidos e refletidos pelos cidadãos pertencentes a uma sociedade plural e democrática. Com o liberalismo, Rawls busca uma resposta ao questionamento sobre como poderia existir, apesar da diversidade de doutrinas políticas, morais e religiosas razoáveis e opostas entre si, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais. É no seu liberalismo que essa resposta é encontrada por estar apto a contemplar essas demandas.

Ao escrever *Uma teoria da justiça*, Rawls não contara com a diversidade de doutrinas razoáveis e contrárias entre si, ou seja, vigentes e defensáveis por uma parte significativa dos indivíduos, o denominado “fato do pluralismo”, já conceituado. Diante de tal situação, ao assimilar este último e chamá-lo de “fato do pluralismo razoável” – por referir-se a doutrinas razoáveis -, Rawls formula seu liberalismo político na tentativa de responder a este contexto. Entretanto, a partir deste ponto, prioriza a questão de como manter a estabilidade e a unidade em uma sociedade democrática considerando o pluralismo razoável, que lhe é inerente. Assim, ele passa a compreender que “em tal sociedade, uma doutrina abrangente razoável não pode servir de base para a unidade social, nem fornecer o conteúdo da razão pública sobre questões políticas fundamentais” (RAWLS, 2011, p. 157).

Uma das conseqüências imediatas da reformulação rawlsiana de sua teoria da justiça é a redefinição da própria filosofia política em função do conceito fundamental do “político”, e assim de uma concepção “política” de justiça, detidamente tratada por Rawls em *Liberalismo Político*. A partir desta reconsideração de alguns pontos da teoria rawlsiana, outras questões tomam forma como conseqüências teóricas de tais mudanças, como os debates entre universalistas e comunitaristas, de um lado, e a articulação kantiana em sua elaboração teórica, de outro. Uma vez que o universalismo de que fora acusado em *TJ* dá lugar a uma concepção que mobiliza a cultura política pública das democracias constitucionais. Assim como se notará um afastamento do autor em relação à base kantiana tão presente em sua teoria da justiça como equidade original, como foi detidamente tratada mais acima.

O liberalismo político de Rawls se presta a responder a questão sobre como pode existir uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais divididos profundamente por doutrinas religiosas, filosóficas e morais opostas e diversas entre si, de certa forma presente desde *TJ*, porém sem considerar o fato do pluralismo. Sua problemática consiste em elaborar uma concepção de justiça política para um

regime democrático constitucional em que, cidadãos livres e iguais, viventes numa pluralidade de doutrinas razoáveis, como característica de uma cultura democrática livre, possam ratificar.

Rawls afirma que, diferentemente da tradição cristã, na qual só é admitida a existência de um único bem, seu liberalismo político aposta na existência várias concepções de bem e de doutrinas abrangentes em conflito. Ele se preocupa em esclarecer que sua concepção de justiça como equidade não tem pretensões de ser uma doutrina filosófica secular e ainda abrangente, cujos fundamentos fossem ditados pela razão - projeto iluminista. Tampouco tem a intenção de “substituir essas visões abrangentes nem lhes dar um fundamento verdadeiro. (...) Mas não é disso que se trata, não é disso que o liberalismo político se ocupa” (RAWLS, 2011, p. XIX/XX).

A concepção política que Rawls quer difundir é aquela que proporciona um ponto de vista publicamente reconhecido que servirá de base hábil para que qualquer cidadão possa auferir o quão justas são as instituições da sociedade que vive. Que possam elas ser examinadas igualmente por todo cidadão que assim desejar, independentemente de sua posição ou interesses particulares. Rawls argumenta que tem como objetivo apresentar a „justiça como equidade” como uma concepção da justiça própria para ser compartilhada pelos cidadãos na formação de um acordo político, expressão da razão política compartilhada e pública de uma sociedade. Essa ideia de razão compartilhada acontece quando a concepção de justiça se firma, ou, pelo menos, busca firmar-se como independente de doutrinas religiosas e filosóficas contrárias e em conflito. Uma vez que ela não possa ser ratificada pelos cidadãos em geral, conseqüentemente, não pode apresentar-se como uma base reconhecida pelos cidadãos em geral.

Desse modo, o intento de Rawls é que seu liberalismo político propicie alcançar o apoio de um consenso sobreposto, o qual abrangerá doutrinas morais razoáveis, religiosas e filosóficas presentes na sociedade, a fim de que ela seja, de fato, democrática, justa e estável. Uma concepção política constituída por princípios e valores que favoreçam a aceitação de todos os cidadãos sem adotar uma doutrina abrangente em particular é que viabilizará tal desiderato. Para tanto, será necessário renunciar a referência às visões religiosas, filosóficas e morais abrangentes no debate dos temas da vida pública. Rawls explica que:

O liberalismo político, então, aspira a uma concepção política de justiça entendida como uma visão que se sustenta por si própria. Ele não propõe nenhuma doutrina metafísica ou epistemológica específica que vá além daquilo que está envolvido na própria concepção política. Como uma interpretação de valores políticos, uma concepção política que se sustenta por si própria não nega a existência de outros valores que se aplicam, digamos, aos âmbitos do pessoal, do familiar ou da vida associativa; tampouco afirma que os valores políticos são separados de outros valores ou que estão em descontinuidade com outros valores. Um objetivo, como afirmei antes, é o de especificar o domínio do político e sua concepção de justiça de tal forma que suas instituições possam conquistar o apoio de um consenso sobreposto. Nesse caso, são os próprios cidadãos que, como parte do exercício de sua liberdade de pensamento e de consciência, e voltando-se para suas doutrinas abrangentes, veem a concepção política como derivada de outros valores seus, ou congruentes com eles, ou pelo menos não contraditória em relação a esses outros valores (RAWLS, 2011, p. 12).

Para Rawls, a democracia será melhor contemplada dentro de uma sociedade liberal. Vez que o liberalismo protege os direitos fundamentais e lhes atribui prioridade, além de contar com uma estrutura material e conceitual para efetivamente concretizar os direitos que resguarda. Ele sustenta, da mesma forma, que uma visão liberal, própria do seu liberalismo político, é mais adequada para um regime democrático pelo fato de ela excluir da agenda política contendas “intratáveis” (RAWLS, 2011, p. 185), como o próprio autor qualifica. São intratáveis aquelas contendas ou temas que mobilizam as concepções particulares de cada indivíduo, como as religiosas, filosóficas e morais (entendidas como doutrinas abrangentes). Rawls explica:

Como já afirmei, a concepção política mais razoável para um regime democrático deverá ser, em termos amplos, liberal. Isso significa que protege os direitos fundamentais conhecidos e lhes atribui uma prioridade especial. Também inclui medidas para garantir que todos os cidadãos tenham meios materiais suficientes para fazer uso efetivo desses direitos fundamentais. Diante do fato do pluralismo razoável, uma visão liberal remove da agenda política as questões que geram discordâncias mais intratáveis, pois conflitos graves com respeito a isso solapam as bases da cooperação social (RAWLS, 2011, p. 185).

Segundo Rawls, “o consenso sobreposto dá sustentação à concepção política” da justiça. Tal afirmação indica a necessária imparcialidade e ausência de incompatibilidade face às doutrinas abrangentes morais, filosóficas e religiosas, do consenso sobreposto. Ao lidar com valores políticos, a possibilidade de conflitos é reduzida, vez que a concepção política não faz frente a qualquer dessas doutrinas.

O que ocorre enfim é, diante do pluralismo razoável de doutrinas, “um trabalho de reconciliação através da razão pública” (RAWLS, 2011, p. 186).

Dessa forma, o efeito socialmente estabilizador de um consenso sobreposto se explica pela confirmação cognitiva do suposto de que a concepção da justiça como equidade se relaciona de forma neutra com as doutrinas abrangentes. O caráter político da teoria de Rawls está associado a uma despretensão epistêmica e da independência quanto à aceitabilidade racional de suas afirmações.

Rawls volta a destacar que uma concepção política de justiça tem como característica o fato de tratar-se de uma concepção moral aplicável apenas à estrutura básica de uma sociedade democrática regido pelo Estado de Direito, e por consequência, por uma Constituição. Com isso, tal concepção não firma seu pilar de sustentação em uma doutrina abrangente específica, e sim em ideias fundamentais latentes na cultura política pública de uma sociedade democrática. E essa concepção política se utiliza de várias concepções do bem. Lembrando que uma doutrina abrangente se estende além do político e abarca valores e virtudes não políticos. Por conseguinte, ele adverte que “O liberalismo político oferece, então, uma concepção política de justiça para as principais instituições da vida política e social, e não para a vida como um todo” (RAWLS, 2011, p. 206).

Rawls afirma que sua teoria não é uma concepção compreensiva do bem, ou seja, que abrange os diversos aspectos da existência humana, e sim uma concepção que tem sua aplicabilidade limitada às instituições econômicas, sociais e políticas, a chamada estrutura básica da sociedade. Desse modo, pela sua independência em relação às doutrinas compreensivas, ela poderia ser aceitável por todos os concernidos, que professariam livremente suas concepções próprias de bem. É essa característica de pluralidade que a coloca como uma modalidade de liberalismo político. Diante desse contexto, a concepção “política” de justiça, entendida como uma forma de liberalismo político, representa o modo pelo qual Rawls passa a entender sua teoria da justiça como equidade, e tenta encontrar uma base pública para um acordo político público, numa sociedade democrática caracterizada pela pluralidade de perspectivas de vida e de bem

Finalmente, o presente artigo pretendeu apresentar a concepção de justiça política, não metafísica de John Rawls, como uma concepção de justiça liberal, afinada com as necessidades de uma sociedade plural, democrática e estável, interpretada como uma modalidade de liberalismo que estabelece as bases para a

justificação pública para um acordo público. Desse modo, é possível assegurar que ele elaborou uma teoria que pudesse coexistir de modo equilibrado com as doutrinas abrangentes razoáveis diversas e opostas entre si. Seu liberalismo político tem essa incumbência: reconfigurar a justiça como equidade de modo que seja uma concepção “política” de justiça.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. **Afinidades seletivas: uma teoria da injustiça**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2002.

ARAÚJO, L.B.L. **Pluralismo e justiça**. São Paulo: Loyola, 2010.

_____. A razoabilidade no domínio do político: notas sobre o pensamento rawlsiano, In: PERES, D.T. (org.). **Justiça, virtude e democracia**. Salvador: Quarteto, 2006, 173-196.

ARAÚJO, L.B.L. (Org.). **Filosofia prática e modernidade**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2003, p. 157-173.

AUDARD, Catherine. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BERTEN, André. Filosofia social: a responsabilidade social do filósofo. São Paulo: Paulus, 2004. In: _____. **Filosofia política**. São Paulo: Paulus, 2010, Cap IV

_____. Habermas crítico de Rawls: a posição original do ponto de vista da pragmática universal. In: BOMBASSARO, L. C., PAVIANI, J. (Orgs.). **Filosofia, lógica e existência**. Caxias do Sul: EDUCS, 1997, p. 24-48.

BRESOLIN, K.; ZANELLA, D. C. O construtivismo Kantiano (de John Rawls). Pensando. **Revista de Filosofia**, v. 2, n. 3, 2011.

COMETTI, J.P. **A filosofia sem privilégios**. Porto: Edições ASA, 1995, Cap. III

CRUZ JR, Ademar Seabra da. **Justiça como equidade: liberais, comunitaristas e a autocrítica de John Rawls**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DANIELS, N. **Reading Rawls**. Critical Studies on Rawls" „A Theory of justice". Stanford University Press, Stanford, California, 1989.

FERRY, Jean – Marc. **Filosofia da comunicação: da antinomia da verdade à fundação última da razão; justiça política e democracia procedimental**. São Paulo: Paulus, 2007.

FORST, Rainer. **Contextos da justiça**: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. São Paulo: Boitempo, 2010.

FREEMAN, S. (Ed.). **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Traducción de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica/ Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2010.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. São Paulo, EDUSC, 2001. Cap. 17.

MOUFFE, C. **O regresso do político**. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva. 1996.

MULHALL, S.; SWIFT, A. **Liberals and communitarians**. 2.ed. Cambridge: Blackwell, 1992.

NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls**: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, racionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, Cap. IV

_____. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 2005.

REIS, F. A. **A teoria moral de John Rawls**, 2012.

RORTY, Richard. **Objectivity, relativism and truth**. Cambridge, U. Press 1991, Philosophical Papers, v. 1- The Priority of democracy to philosophy, p. 175-196.

_____. **Pragmatismo e política**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SANDEL, Michael. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. 8.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

_____. The procedural republic and the unencumbered self. **Political Theory** , v. 12, n. 1, fev. 1984., p. 81-96.

SEN, Amartya. A ideia de justiça. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Parte I – As Exigências Da Justiça, p. 61-154.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Cap. 5.

SOUZA, José Crisóstomo de. **Filosofia, racionalidade, democracia**: os debates Rorty & Habermas. São Paulo: Editora Unesp, 2005.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

WERLE, D. L. Construtivismo “não metafísico” e reconstrução “pós-metafísica”: o debate Rawls-Habermas, in: NOBRE, M., REPA, L. (Orgs.). **Habermas e a reconstrução**: sobre a categoria central da teoria crítica habermasiana. Campinas, São Paulo, Papyrus, 2012, p. 169-195.

_____. Princípios de justiça e razão pública: a concepção de democracia deliberativa em John Rawls. In: PERES, D.T. (Org.). **Justiça, virtude e democracia**. Salvador: Quarteto, 2006, p. 53-79.

RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO

Raissa Ileana Silva dos Santos¹

RESUMO

O instituto da infiltração policial foi inserido em nosso ordenamento jurídico, como meio de prova e investigação das organizações criminosas, a partir da Lei 9.034/1995. Contudo, esta foi bastante omissa em importantes pontos, ficando a cargo da Lei 12.850/2013 a incumbência de traçar os procedimentos e requisitos referentes ao instituto. Além do mais, desde a inserção deste instituto em nosso sistema jurídico, é cogitada a possibilidade de o agente infiltrado incorrer em delitos com o intuito de garantir o sucesso da investigação como também a sua integridade física. Diante disto, é relevante a discussão acerca das possibilidades de exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado existentes antes e depois do advento da Lei. 12.850/2013. Para tanto, e para melhor compreensão, se fará necessária uma breve explanação acerca das organizações criminosas, no que tange ao seu conceito, como também uma sucinta exposição acerca do instituto da infiltração.

Palavras-Chave: Organização Criminosa. Agente infiltrado. Responsabilidade Penal. Exclusão.

ABSTRACT

The police infiltration was inserted into our legal system by the Law 9.034/1995, like an evidence and way of investigation of criminal organizations. However, this was quite silent on important points, leaving it to the Law 12.850/2013 the task of stipulate the procedures and requirements for the institute. Moreover, since the inclusion of this institute in our legal system, it is contemplated the possibility of the infiltrator practice crimes in order to ensure the success of investigation and their physical integrity. Given this premise, the discussion of possible exclusions from criminal liability of existing infiltrator before and after the enactment of Law. 12,850 / 2013 is important. For that, and for better understanding, a brief explanation about the criminal organizations in terms of their concept and a brief summary about the infiltration institute are needed.

Keywords: Criminal Organization. Infiltrator. Criminal responsibility. Exclusion.

¹ Advogada e Professora da Faculdade Metropolitana de Camaçari (FAMEC). Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, Campus XIX, Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá. E-mail: raissa_ileane@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopos pesquisar e discutir as possibilidades de exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado, caso este venha a cometer delitos durante o período que perdurar a infiltração, demonstrando as bases legais e as várias vertentes doutrinárias acerca da natureza jurídica da exclusão de tal responsabilidade.

Para tanto, será necessária a discussão dos conceitos existentes sobre o mesmo e suas características em face das Leis 9.034/95 e 12.850/13 e da Convenção de Palermo. Será necessária, também, a exposição dos conceitos de agente infiltrado e infiltração de agentes, demonstrando a sua introdução no Brasil a partir da Lei nº. 9.034/95 até o advento da Lei 12.830/13.

Com o advento da Lei 9.034/95, posteriormente modificada pela Lei 10.217/01, surgiu em nosso ordenamento jurídico a atividade de infiltração policial, entretanto tal atividade não sofreu a necessária regulamentação gerando grande celeuma no mundo jurídico acerca da sua possibilidade prática. Além do mais, tal situação se tornou mais preocupante ao se cogitar a possibilidade de cometimento de delitos por parte do agente infiltrado para fins de garantia da investigação criminal.

Tal celeuma só pode ser solucionada com advento da Lei 12.830/2013 que traçou os parâmetros e requisitos necessários para a execução deste instituto. Esta problemática se acomete de grande relevância jurídica, devendo ser devidamente discutidos os pontos importantes a fim de se garantir a aplicação deste instituto da forma mais adequada possível.

Além da relevância jurídica, tem-se a social, pois nas últimas décadas, tem sido notório o aumento da criminalidade, principalmente no que diz respeito ao seu tipo mais complexo, a criminalidade organizada, que ultrapassa as fronteiras dos países e preocupa tanto o cidadão comum quanto às autoridades policiais combatentes e os legisladores.

Entretanto, o combate ao crime organizado tem se tornado cada vez mais difícil, devido ao aumento da quantidade de crimes praticados pelas organizações criminosas, a pluralidade de pessoas que as compõem, como também o seu poderio financeiro e sua capacidade organizacional. Devido a isto, torna-se de grande valia a atividade legislativa no combate a este tipo de delito.

É praticamente unânime dentro da doutrina o posicionamento pelo qual é quase impossível que, durante a atividade de infiltração policial, o agente não seja obrigado a cometer algum tipo de ilícito, seja para garantir o êxito da investigação, seja para proteger a sua integridade. Diante disto, emerge o seguinte questionamento: Considerando a intenção do agente infiltrado em preservar a sua integridade e a atividade investigativa ao incorrer na prática de delitos, quais as possibilidades legais e doutrinárias de exclusão da sua responsabilidade penal em relação aos delitos cometidos durante a infiltração policial existentes antes de depois do advento da Lei 12.850/2013?

Assim, é perceptível a relevância da discussão e a necessidade da pesquisa dos fundamentos legais e doutrinários acerca do tema, a fim de se firmar um posicionamento compatível com o ordenamento jurídico brasileiro atual.

1.1 Conceito de organizações criminosas

Antes o advento da Lei 12850/2013, uma das matérias mais controvertidas e criadoras de celeuma no mundo jurídico versava sobre a possível conceituação legal de organização criminosa, principalmente no que tangia ao fato de as duas principais leis que regulavam o assunto não terem se pronunciado sobre tal conceito.

A Lei nº. 9.034, de 03 de maio de 1995, foi inserida no nosso ordenamento jurídico com o intuito de criar meios e mecanismos operacionais capazes de combater as organizações criminosas, sendo possível extrair isto do enunciado do seu Capítulo I, e mais adiante da leitura do seu antigo art. 1º, que estatui: “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”. Entretanto, o legislador não estabeleceu a conceituação de organização criminosa.

Em 11 de abril de 2001 foi promulgada a Lei 10.217, resultante do projeto de Lei 3.275/00 do Poder Executivo, esta lei veio modificar o art. 1º e 2º, da Lei 9.034/95, prescrevendo:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (NR)

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. (BRASIL, 2001).

Todavia, apesar de trazer novos institutos investigativos, como a interceptação ambiental e a infiltração policial, e versar sobre associação criminosa e organizações criminosas de todos os tipos, esta lei não conseguiu preencher a lacuna deixada pela lei anterior que modificou, deixando de abordar sobre o conceito de organização criminosa.

Em 15 de novembro de 2000, foi celebrada a Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional. O Brasil se tornou signatário da presente Convenção, e esta passou a vigorar no país por intermédio do Decreto nº. 5.015 de 12 de março de 2004. A Convenção de Palermo, através do seu art. 2º, alínea a, define Grupo criminoso organizado como sendo:

[...] grupo estruturado de 3 ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material (BRASIL, 2004).

Em conformidade com Carlos Eduardo de Souza (2009), a lacuna deixada pela lei 9.034/95 havia sido preenchida com esta convenção, pois consoante o entendimento do STF as convenções internacionais assinadas pelo país, desde que em conformidade com os trâmites constitucionais, possuem força de lei ordinária. Sendo assim, como a convenção de Palermo trouxe um conceito para grupo organizado criminoso, este conceito passou a existir no ordenamento jurídico brasileiro.

O STF, contudo, por meio do HC nº 96.007/SP, decidiu que não existia no ordenamento jurídico pátrio um conceito para organizações criminosas. Divergindo da Recomendação nº 3/2006 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) que propunha a utilização do conceito estabelecido na Convenção de Palermo.

TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria. (STF, HC 96007/ SP, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 12/06/2012, Órgão Julgador: Primeira Turma.).

Em 24 de julho de 2012, foi editada a Lei nº. 12.694, que em seu artigo 2º definia organização criminosa da seguinte maneira:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Então, em conformidade com o artigo supracitado, a existência de organizações criminosas no direito brasileiro dependia dos seguintes requisitos: a) associação de 3 ou mais pessoas; b) estrutura organizada por meio da divisão de tarefas, ainda que de modo informal; c) e prática de crimes com pena máxima cominada igual ou superior a 4 anos ou com caráter transnacional.

No ano seguinte, foi editada uma nova Lei, nº. 12.850/2013 que conferiu nova acepção ao conceito discutido por meio do §1º de seu artigo 1º:

o
§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Portanto, por meio desta lei revogadora, a existência de uma organização criminosa passou a depender de 4 (quatro) agentes e da prática de infrações penais com penas máximas superiores a 4 anos. Vejamos as diferenças dos conceitos das duas leis por meio dos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes:

Quais seriam as diferenças principais entre os dois conceitos de organização criminosa? Três se destacam: a Lei 12.694/12 fala em associação de três ou mais pessoas; a Lei 12.850/13 exige quatro ou mais pessoas. A primeira é aplicável para crimes com pena máxima igual ou

superior a 4 anos; a segunda é aplicável para infrações penais superiores a 4 anos. Note-se: a primeira fala em crimes (que não abarcam as contravenções penais). A segunda fala em infrações penais (que compreendem os crimes e as contravenções penais). De qualquer modo, morreu o conceito da Lei 12.694/12. Mas essas diferenças perderam sentido na medida em que o conceito da Lei 12.850/13 revogou (de acordo com nosso entendimento) o dado pela Lei 12.694/12 (GOMES, 2014).

2 INFILTRAÇÃO POLICIAL E AGENTE INFILTRADO

Origem

Segundo Diogo José Lopes Neto (2011), a origem do instituto da infiltração de agentes remonta ao período do absolutismo francês, durante o reinado de Luís XIV, que criou a figura dos delatores com o intuito de fortalecer o Antigo Regime. Os delatores eram cidadãos que descobriam dentro da sociedade francesa quem eram os inimigos do Regime, fazendo isso em troca de favores reais.

Os delatores eram contratados pela polícia de Paris para se infiltrarem com o interesse de descobrir inimigos políticos do príncipe. Existiam dois tipos de agentes: os que trabalhavam escondidos de maneira clandestina, chamados *observateurs*, e os que eram contratados de maneira aberta e recebiam os nomes de *mouches*, *sousinspecteurs*, *commis* ou *préposés*. Estes contratados variavam de presos que trocavam a pena por esta atividade a pessoas de alto nível social que trabalhavam investigando os locais mais bem frequentados da época (LOPES NETO, 2011).

A princípio, a figura do delator se prestava a observar a conduta dos cidadãos e levar tais condutas às autoridades competentes. Contudo, com o passar do tempo, a mera investigação se tornou inoperante, pois as atividades contra o antigo regime continuavam. Assim, as atividades investigativas passaram para atividades de provocação de práticas ilícitas por parte dos espionados (JOSÉ, 2010).

Esta prática investigativa também foi utilizada em outros países da Europa, a exemplo da Espanha e do Reino Unido. A Espanha fez uso desta prática durante o período da Santa Inquisição feita pela Igreja Católica. Já o Reino Unido se utilizava dos delatores para capturar criminosos e obter provas para incriminá-los.

A prática do *agent provocateur*, foi usada também em outros países nessa mesma época. Na Espanha, ele foi empregado em grande medida, em especial durante o período da Inquisição, para a busca de manifestações supostamente “heréticas”, dentro do ponto de vista da Igreja Católica. Também no Reino Unido, usava-se de informantes na obtenção de provas

incriminatórias. Em troca de informações e capturas de criminosos, pagava-se uma recompensa ao informante [...] (JOSÉ, 2010, p.71)

INFILTRAÇÃO POLICIAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A figura da infiltração policial foi proposta pela primeira vez no Brasil a partir do Projeto de Lei n. 3.516/1989, que em seu artigo 2º, inciso I, dispôs:

Art. 2º, inciso I- A infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer co-participação delituosa, exceção feita ao disposto no art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940- Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso a antijuridicidade.(PACHECO, 2011, p. 111).

A partir deste artigo pode depreender que a intenção legislativa era possibilitar a utilização do instituto da infiltração policial durante a persecução penal a fim de garantir maiores provas no que tange ao cometimento dos crimes de quadrilha e bando.

Este Projeto de Lei deu ensejo à Lei n. 9.034 de 03 de maio de 1995. Entretanto, o seu inciso I foi vetado pelo então presidente da República Fernando Henrique Cardoso, devido à falta de previsão legal da necessidade de autorização do Poder Judiciário para tal procedimento. Acerca deste veto presidencial, o Ministério da Justiça teve a seguinte manifestação:

O inc. I do art. 2º, nos termos em que foi aprovado, contraria o interesse público, uma vez que permite que o agente policial, independentemente de autorização do Poder Judiciário, se infiltre em quadrilhas ou bandos para a investigação do crime organizado.

Essa redação, como se pode observar, difere da original, fruto de estudos elaborados por uma subcomissão, [...], que, de forma mais apropriada, condicionava a infiltração de agentes de polícia especializada em organização criminosa à prévia autorização judicial [...] (PACHECO, 2011, p. 112).

O instituto da infiltração policial ressurgiu em 2000, com a divulgação do Plano Nacional de Segurança Pública, pelo ex-presidente da República Fernando Henrique Cardoso. Neste período, o país estava assombrado pela crescente violência urbana, principalmente no estado do Rio de Janeiro, devido às atividades ilícitas ligadas ao tráfico de drogas. Neste diapasão, a infiltração de agentes de polícia figurava como uma das medidas propostas como eventual solução para a crise da segurança pública vivida no país.

Devido a este momento de insegurança, o Projeto de Lei 3.275/00, que trazia o uso da infiltração policial como meio de combate ao crime, teve solicitado ao seu trâmite “urgência constitucional”, tendo sua aprovação sem maiores celeumas, já que havia solucionado o problema da necessidade de autorização judicial, não previsto inicialmente pelo Projeto de Lei 3.516/89 (PACHECO, 2011).

Este projeto deu redação à Lei n. 10.217 de 11 de abril de 2001, que alterou os artigos 1º e 2º da Lei 9.034/95. O art. 2º, inciso V da referida lei passou a permitir o uso da infiltração policial em qualquer fase da persecução penal como meio de combate e obtenção de prova acerca das organizações criminosas, em consonância com o abaixo exposto:

Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

[...]

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração (BRASIL, 2001)

Em 2 de agosto de 2013, foi editada a Lei 12.850 que revogou a Lei 9.034/95 e previu em seu artigo 3º, inciso VII, a permissão da infiltração policial como meio de prova, da seguinte maneira:

O
Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

(...)

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

(...) (BRASIL, 2013).

A Lei 12.850/2013, ao contrário da lei revogada, previu a infiltração policial de maneira detalhada, expondo seus requisitos e os procedimentos necessários para a implantação de tal medida, além do mais resolveu a celeuma acerca da exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado, caso este cometa algum delito durante o período de infiltração.

Conceito de infiltração policial

A infiltração é um meio de investigação perpetrado por integrantes da polícia judiciária, com o intuito de obtenção de provas, que deve ser necessariamente antecedido de autorização do Poder Judiciário. Para Denilson Feitoza a infiltração policial é:

Infiltração é a introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional (“dado negado” ou de difícil acesso), em quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa ou, ainda, em determinadas hipóteses (como crimes de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor de crime, a fim de obter provas que possibilitem, eficazmente, prevenir, detectar, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminosa deles (FEITOZA, 2009, p. 820).

Neste diapasão, a infiltração de agentes consiste em colocar alguém dentro de uma organização criminosa, fingindo ser um integrante desta, a fim de saber o seu modo de operação e identificar os seus participantes, ficando claro que quanto maior o nível dentro da organização criminosa investigada este novo integrante chegar, melhor a qualidade de informações e mais fácil será identificar os seus verdadeiros líderes. O objetivo da infiltração incide basicamente em cooptar informações acerca da organização criminosa investigada, para identificar os líderes da mesma com intuito de neutralizá-la e extingui-la. Rafael Pacheco reforça este pensamento:

Uma vez infiltrado e frequentando o mesmo ambiente da organização criminosa, os agentes são capazes de presenciar, em primeiro plano, discussões e decisões tomadas por figuras-chave do grupo criminoso. Essas discussões frequentes relatam crimes consumados ou resultam no planejamento e cometimento de novos crimes. É aqui que se espera estar o agente infiltrado, posto a observar o desenvolvimento dos fatos de forma sempre adequada aos fins da persecução penal provendo abundante informação sobre o esquema e funcionamento da organização (PACHECO, 2011, p. 109).

A infiltração policial pode ser bastante vantajosa para persecução penal, já que, uma vez infiltrado o agente poderá obter provas mais consistentes e amplas, como nenhum outro meio de investigação existente em nosso ordenamento jurídico poderá proporcionar. Além do mais, tendo o agente contato direto com a organização criminosa investigada, conhecerá seu funcionamento, organização e meios operacionais, facilitando bastante o alcance do principal objetivo da

persecução penal, qual seja, a punição dos integrantes da organização criminosa.

Conforme o sustentado pelas palavras de Marcelo Batlouni Mendroni:

As vantagens que podem advir desse mecanismo processual são evidentes: fatos criminosos não esclarecidos podem ser desvelados, *modus operandi*, nomes — **principalmente dos — cabeças da organização, nomes de — testas-** de-ferro, bens, planos de execução de crimes, agentes públicos envolvidos, nomes de empresas e outros mecanismos utilizados para a lavagem de dinheiro, etc (MENDRONI, 2007, p. 54).

Requisitos

Ao contrário da Lei revogada, a Lei 12850/2013 foi bastante explicativa no que tange à infiltração policial, trazendo seu conceito, prazo máximo e outras informações salutares. Além disso, deixou explicitado que tal instituto só deve ser levado a cabo caso não haja outro meio de obtenção de provas e combate às organizações criminosas.

Segundo o art. 10 da referida Lei, a infiltração policial só pode ser colocada em prática por agentes de polícia, ao contrário da Lei 9.034/1995 que permitia também agentes de inteligência, após autorização judicial mediante representação do Delegado de Polícia, ouvido o Ministério Público ou a requerimento deste.

Em relação à autoridade policial, seu pedido só é pertinente durante as investigações criminais. Como o Ministério Público é o titular da ação penal pública e, por conseguinte destinatário final das investigações, na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente deverá ouvir o órgão ministerial antes de proferir sua decisão (BRASILEIRO, 2014, p. 568).

Assim, cabe ao Delegado de Polícia representar, no curso do Inquérito Policial, pela infiltração na organização criminosa que está investigando e a autorização do Juiz só poderá ocorrer mediante a oitiva do Ministério Público. No requerimento da autoridade policial deve constar a identificação dos investigados, o alcance das tarefas do agente, a necessidade da medida e quando se fizer possível, o local da infiltração.

Além de demonstrar a necessidade da medida, deverá também constar o alcance das tarefas dos agentes, ou seja, no ato do requerimento far-se-á necessária a indicação de quais possíveis condutas o agente infiltrado poderá ter dentro da organização e durante o procedimento investigatório. Tendo em vista que, o agente público poderá cometer crimes e ainda poderá utilizar de outros meios para a obtenção de prova, como por

exemplo, a filmagem e captação de sons dos envolvidos nas organizações criminosas (CARVALHO NETO, 2014).

O requerimento também pode ser feito pelo Ministério Público, tanto na fase investigatória quanto na fase processual, por ser ele autor da ação penal e possuidor de poderes de investigação.

Após a autorização da infiltração policial pela Autoridade Judiciária, caberá ao Ministério Público o acompanhamento da ação, podendo este e o Delegado de Polícia requerer a qualquer tempo, relatório das atividades executadas pelo agente. Além disso, o Ministério Público poderá intervir a qualquer tempo a fim de que cesse o procedimento investigatório.

3 RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO

A responsabilidade penal concerne à obrigação de responder perante a lei por um fato cometido, fato este considerado crime, trata-se de uma consequência que atinge quem tem capacidade de imputação e sofreu de maneira legítima à imputação do crime (SOARES, 2009). Vale ressaltar que crime, segundo a doutrina tripartida, é todo fato típico, antijurídico e culpável, típico porque se amolda perfeitamente ao modelo prescrito na lei penal, antijurídico haja vista que contraria o ordenamento jurídico e culpável porquanto é imputável a alguém.

Conforme o já exposto, a infiltração policial consiste na atividade em que o agente de polícia adentra em uma organização criminosa, fingindo ser um de seus integrantes, com o escopo de conseguir informações e provas acerca de tal organização para garantir o seu desmantelamento e a eficácia da persecução penal. Todavia, na Lei 9.034/95 nada foi abordado acerca da responsabilidade penal do agente infiltrado caso este necessitasse cometer crimes para garantir sua integridade e o êxito da investigação.

Tal omissão causou bastante discussão, pois grande parte da doutrina considera improvável o não cometimento de crime por parte do agente de polícia durante este período. Muitos autores que escrevem sobre o tema da infiltração policial são categóricos quanto à ideia de que se o agente não participar da empreitada criminosa pode comprometer a finalidade perseguida pelo instituto e não haveria possibilidade de execução da medida senão com a aceitação de prática de crime por parte do infiltrado em algum momento de sua atuação.

Esta celeuma pode ser solucionada a partir da edição da Lei 12.850/2013 que definiu em seu artigo 13, parágrafo único, que a ação criminosa do agente não seria punível, quando inexigível conduta diversa.

Antes da edição da Lei 12.850/2013, a doutrina tentou solucionar tal questão elencando quatro possibilidades de exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado, quais sejam: a exclusão da ilicitude através do estrito cumprimento do dever legal, a escusa absolutória, atipicidade da conduta por falta de elemento subjetivo o dolo e a exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, teoria esta adotada pela Lei 12850/2013.

Excludente de ilicitude- estrito cumprimento do dever legal

A ilicitude é a contradição existente entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico, pela qual a omissão ou ação tornam-se ilícitas. Todavia, preliminarmente há necessidade de aferir a tipicidade da conduta para posteriormente verificar a sua ilicitude, pois o fato não sendo típico não há interesse por parte do Direito Penal (CAPEZ, 2016).

O fato típico não necessariamente é ilícito, pois a conduta do agente pode estar acobertada por uma das quatro causas legais de exclusão de ilicitude que são: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal.

No que concerne à responsabilidade penal do agente infiltrado, parte da doutrina considerava o estrito cumprimento do dever legal, como causa excludente da ilicitude dos delitos cometidos pelo agente infiltrado durante a atividade de infiltração. O estrito cumprimento do dever legal é a excludente de ilicitude, prevista no artigo 23, inciso III, do Código Penal, que consiste na realização de um fato típico por obrigação imposta por lei.

Quem pratica uma ação em *cumprimento de dever* imposto pela lei não comete crime. Ocorrem situações em que a *lei impõe determinada conduta* e, em face da qual, embora *típica*, não será *ilícita*, ainda que cause lesão a um bem juridicamente tutelado. Nessas circunstâncias, isto é, no *estrito cumprimento de dever legal*, não constitui crimes a ação do carrasco que executa a sentença de morte, do carcereiro que encarcera o criminoso, do policial que prende o infrator em flagrante delito etc. Reforçando a *licitude* de comportamentos semelhantes, o Código de Processo Penal estabelece que, se houver resistência, *poderão os*

executores usar dos meios necessários para defenderem-se ou para vencerem a resistência [...] (BITENCOURT, 2008, p. 322, grifos do autor).

Tal excludente destina-se aos agentes do Poder Público, sem excluir, contudo os particulares que exercem função pública. Entretanto, exige-se que o agente se contenha dentro dos rígidos limites do seu dever, pois caso contrário, tal excludente desaparecerá. Por dever legal deve-se entender qualquer obrigação derivada direta ou indiretamente por texto de lei.

[...] O estrito cumprimento do dever legal é uma causa de exclusão da ilicitude do delito [...] que compreende os deveres de intervenção do funcionário público na esfera privada para assegurar o cumprimento da lei ou de ordens superiores da administração pública, que podem determinar a realização justificada de tipos penais, como a coação, a privação de liberdade, a violação de domicílio e a lesão corporal. A situação justificante de tal causa de exclusão de ilicitude é a existência de lei em sentido amplo (lei, decreto, ou regulamento, por exemplo) ou de ordem de superior hierárquico, qualquer das duas hipóteses determinantes de dever vinculantes da conduta do funcionário público (JOSÉ, 2010, p. 77/78).

Sendo assim, a conduta do agente infiltrado seria lícita caso este atuasse em respeito ao dever que lhe foi imposto pelos delineamentos da atividade de infiltração, portanto alguns crimes como formação de quadrilha ou bando, falsidade ideológica e documental e todos os tipos penais que estiverem diretamente ligados à atividade de infiltração estariam acobertados pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal.

[...], a conduta do AI seria lícita, uma vez que estaria atuando em estrito cumprimento de dever legal. Contudo, sua conduta deve ser pautada no limite do que for imprescindível para a execução do que foi estabelecido no plano da operação previamente autorizado pelo Juiz. Em outras palavras, o limite do lícito acaba exatamente onde tem início o excesso (FLORENCIO, 2010, p. 3).

A esta ideia havia grande oposição de parte da doutrina, no sentido de que não é cabível a existência de um policial que tenha o dever de delinquir, além disso, há grande problemática, já que, tal excludente por sua natureza se comunica aos co-autores e partícipes dos delitos, podendo nesse caso haver despenalização dos verdadeiros integrantes da organização criminosa que participaram dos delitos cometidos pelo agente infiltrado (JOSÉ, 2010).

Escusa absolutória

Uma grande parte da doutrina defendia, como fundamento para a não responsabilização do agente infiltrado pelas condutas típicas por ele praticadas, a escusa absolutória. A escusa absolutória é uma causa pessoal de extinção de pena por questões de política criminal, onde apesar da existência do crime deixa de ser aplicada pena por conveniência do Direito Penal. Não há exclusão do crime, apenas extinção da punibilidade (PACHECO, 2011).

Segundo o posicionamento desta corrente doutrinária, havia reconhecimento de que a conduta do agente infiltrado foi típica, antijurídica e culpável, contudo, não seria aplicada ao agente qualquer penalidade, por questão de política criminal, já que há prescrição legal permitindo a utilização da infiltração policial como meio de investigação e obtenção de provas. “Isto decorre da própria natureza da sua função (investigativa e encoberta), de modo que sua punição estaria indo de encontro com as finalidades do direito penal, que não admite punir uma conduta criminosa quando o seu agente não poderia agir de outra forma” (JOSÉ, 2011, p. 77)

A escusa absolutória tornava sua aplicação mais viável que a exclusão de ilicitude por estrito cumprimento do dever legal, pois, por ser de caráter pessoal não excluiria a punibilidade dos verdadeiros integrantes da organização criminosa que participaram da empreitada criminosa em conjunto com o agente infiltrado (JOSÉ, 2010).

Atipicidade da conduta do agente infiltrado

Para Fernando Capez, tipicidade é:

a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal). Para que a conduta humana seja considerada crime, é necessário que se ajuste a um tipo legal. Temos, pois, de um lado, uma conduta da vida real e, de outro, o tipo legal de crime constante da lei penal. A tipicidade consiste na correspondência entre ambos. (CAPEZ, 2016, p. 211).

Consoante o mesmo autor, para que exista este enquadramento entre a conduta praticada pelo agente e a abstração prescrita em lei, se faz necessário investigar se houve dolo ou culpa por parte do agente, não se contentando a

tipicidade com o mero enquadramento formal ao tipo penal, pois na ausência do elemento subjetivo, dolo ou culpa, não existe conduta e na ausência de conduta a tipicidade se desfaz, “se não há dolo ou culpa, não existe conduta, e sem conduta não se fala em tipicidade [...], porque esta pressupõe aquela. Essa tipicidade meramente formal não existe mais [...]” (CAPEZ, 2011, p. 212)

É nesta necessidade de elemento subjetivo na ação do agente, para ser configurada a tipicidade, que a corrente doutrinária defensora da conduta do agente infiltrado como atípica se alicerçava, afirmando a ausência de dolo por parte do agente ao cometer crimes durante o período da investigação. Consoante esta doutrina, o agente infiltrado ao cometer um delito, não teria o dolo de cometê-lo apenas de conservar a investigação a fim de garantir o alcance de melhores provas, além do mais, o risco de tal atividade praticada pelo agente teria permissão legal.

Uma terceira corrente doutrinária defende a atipicidade da ação do agente infiltrado por total ausência de dolo-elemento constitutivo do tipo-, uma vez que, o policial, ao agir, não tem intenção de praticar o crime, apenas pretende auxiliar a investigação e a obtenção de provas a respeito para eventual persecução penal dos integrantes da organização criminosa. (JOSÉ, 2010, p. 79/80).

Entretanto, tal pensamento era passível de críticas, principalmente no que dizia respeito à questão do dolo eventual, pois para cometer um delito não há necessidade de o agente possuir um dolo específico, bastando que ele assuma o risco de praticar o fato descrito em lei como típico. Também, a lei não permitia que o agente infiltrado cometesse delitos, apenas dava autorização para que o agente adentrasse na organização criminosa com os escopos de investigar e angariar melhores provas, se calando a respeito do cometimento de delitos (LOPES NETO, 2011).

Exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa

A Culpabilidade é a capacidade de tornar alguém culpado pela prática de um ilícito penal. É um juízo de reprovabilidade exercido sobre alguém que praticou a conduta ilícita. Esta é formada por três elementos: a imputabilidade que significa a capacidade de discernir o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse discernimento; potencial consciência da ilicitude que se refere à possibilidade

do agente no momento da prática da conduta ilícita, compreender o caráter injusto de sua conduta, e exigibilidade de conduta diversa que consiste na expectativa da sociedade de um comportamento diferente daquele adotado pelo agente (CAPEZ, 2016).

Parte da doutrina já considerava, antes da edição da Lei 12.850/2013, como causa de supressão da responsabilidade penal do agente infiltrado a exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa. Considerando a teoria tripartida do crime, onde a culpabilidade é parte integrante do delito, ao retirar a culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, passa a não ser considerada crime a conduta praticada pelo agente.

Considerando-se a teoria tripartite ou tripartida do delito adotada por nosso Código Penal vigente, se subtraída a culpabilidade dos elementos do delito, este resta descaracterizado. A culpabilidade, por sua vez, tem como pressuposto a possibilidade de exigir-se conduta diversa [...]. Logo, se, no caso concreto, não se pode exigir do agente conduta diversa da praticada, então não há que se falar em culpabilidade; o que torna a sua conduta impunível [...] (JOSÉ, 2010, p. 79).

Tal ideia se tornava justificável, pois caso o agente infiltrado discordasse de participar da empreitada criminosa praticada pela organização, poderia por em risco a finalidade da atividade da infiltração ou até mesmo sua própria integridade, não restando para ele outra alternativa, senão a prática do ilícito penal. Neste sentido está o posicionamento de Cassio Roberto Conserino (2011):

Se o agente infiltrado executar alguma conduta criminosa, estará acobertado pelo manto de causa de exclusão de culpabilidade, sob a modalidade inexigibilidade de outra conduta, vez que se não agisse, se não tivesse decidido participar do crime ou crimes da organização criminosa, o desiderato da infiltração restaria prejudicado, isto é, caberia ao agente infiltrado realizar, efetivamente, o crime ou crimes. Não lhe seria cabível optar pela não realização, sob pena de comprometimento do propósito ao qual se dispôs com a infiltração (CONSERINO, 2011, p. 86).

Assim, com esta solução trazida pela Lei 12.850/2013, o agente infiltrado que agir de maneira criminosa após ser auxiliado, induzido ou instigado pelos membros da organização, guardando os limites da proporcionalidade, sem extrapolar os limites necessários para o sucesso da investigação, sendo dele inexigível conduta diversa, haverá apenas a exclusão da culpabilidade do agente, permanecendo o fato

como típico e ilícito, possibilitando a punição dos partícipes, reais membros da organização. Conforme exemplificação dada por Rogério Sanches Cunha:

Ilustrando esse raciocínio, suponhamos que FULANO é um agente infiltrado em organização criminosa formada para a prática de furtos e roubos a bancos. Os integrantes da sociedade criminosa decidem que o “batismo” de FULANO consiste em, sozinho, empregando artefatos explosivos, executar o crime, subtraindo valores de um caixa eletrônico numa cidade do interior. FULANO, infiltrado, não tem como negar, pois busca conquistar a confiança dos demais, condição primeira para o sucesso infiltração. FULANO, autor da subtração com rompimento de obstáculos, não é culpável (sendo dele inexigível conduta diversa), mas os integrantes que o induziram a execução do fato previsto como crime patrimonial respondem pelo delito (CUNHA, 2014).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A omissão da Lei 9.034/95, modificada pela Lei 10.217/01, do que seria o conceito de organizações criminosas, foi alvo de grande discussão na esfera jurídica. Contudo, tal celeuma pôde ser solucionada a partir da jurisprudência do STF, instituindo que a Lei 9.034/95 se prestava a tratar de meios operacionais e de provas de combate aos institutos previstos nesta lei, não se prestando a criação de novo tipo penal. Assim, não haveria necessidade desta conceituação. Com o advento da Convenção de Palermo, tal polêmica a respeito da omissão conceitual de organizações criminosas se viu acalmada, no entanto, o conceito trazido por esta convenção não se prestaria para a tipificação de um novo ilícito penal.

No que tange às organizações criminosas ou grupo criminoso organizado, conforme disposição da Convenção de Palermo, exigia-se como requisitos o mínimo de três integrantes, unidos de maneira estável e por um período razoável, atuando com divisão de tarefas, para a prática de infrações graves, ou de tipos penais descritos nos protocolos adicionais da convenção com a finalidade de obtenção de vantagem material.

Já com a edição da Lei 12.850/2013, tornou-se necessária a quantidade de 4 agentes e a prática de infrações penais com pena máxima superior a 4 anos ou de caráter transnacional.

No que concerne especificamente ao tema do trabalho, em conformidade com o já exposto no corpo do mesmo, dentre as excludentes da responsabilidade penal do agente infiltrado, no caso de cometimento de crimes durante a infiltração policial, constatou-se como as possibilidades de maior defesa da doutrina, antes da edição

da Lei 12. 850/13, a escusa absolutória e a excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

A escusa absolutória apresentou-se como uma das mais acertadas possibilidades dentre as elencadas, pois a figura do agente infiltrado foi criada como uma forma de combate às organizações criminosas, e diante da sua criação seria impossível não cogitar que, durante sua ação de simular ser um integrante do grupo criminoso, o agente infiltrado não se encontraria em alguma situação onde o cometimento de crimes fosse a melhor ou a única solução a ser tomada.

Diante disso, uma boa solução para o Estado que criou a figura do agente infiltrado é despenalizar sua eventual conduta delituosa. Evidentemente, esta escusa absolutória deveria ser criada após a regulamentação de critérios rígidos a serem seguidos pelo agente, estipulando quais bens jurídicos este poderia lesar ou expor a risco de lesão.

Relativamente à inexigibilidade de conduta diversa, esta também se apresentava bastante aplicável, pois ao excluir a culpabilidade do agente infiltrado, conforme a teoria tripartida, estaria desfeito o delito. Dessa forma, o agente poderia ser isento da responsabilidade caso tivesse cometido o delito por não haver outra forma de agir, ou para evitar mal maior.

Em relação às outras duas possibilidades restantes, a única que se mostrava menos adequada ao caso é a argumentação de atipicidade da conduta, pois, como já foi demonstrado, o fato de o agente infiltrado cometer um ilícito penal com a intenção de garantir o êxito da investigação não seria suficiente para excluir o dolo de sua conduta a fim de torná-la atípica. Além do mais, confronta-se a tal fundamentação o dolo indireto ou eventual, de forma que a mera permissão legal para a infiltração não seria capaz de excluí-lo.

A excludente de ilicitude por estrito cumprimento do dever legal se via como uma possibilidade, mas somente no que se referia à participação do agente infiltrado na organização criminosa como um de seus integrantes. No que se referia aos outros delitos cometidos, não se aplicaria, pois a lei não prescreveu permissão para a prática de crimes.

Diante disto, a Lei 12.850/13 decidiu de maneira explícita, em seu art. 13 parágrafo único, pela exclusão da responsabilidade do agente infiltrado por meio da inexigibilidade de conduta diversa. Sendo assim, o agente que estiver em uma situação que seja imprescindível o cometimento de delitos a fim de resguardar sua

segurança e o sucesso da operação, agindo dentro dos limites necessários, haverá a exclusão de sua culpabilidade. Contudo, o fato cometido continuará como típico e ilícito.

Por fim, em face de todo exposto, fica perceptível os avanços trazidos pela Lei 12.850/2013 ao nosso sistema jurídico, tendo em vista que conceituou organizações criminosas, estabeleceu seus requisitos e no que tange ao instituto da infiltração policial, não fez diferente, trazendo os procedimentos executórios de maneira precisa e sanando as dúvidas e celeumas criadas frente à exclusão da responsabilidade do agente infiltrado, com a escolha pelo afastamento da culpabilidade do agente por meio da inexigibilidade de conduta diversa.

REFERÊNCIAS

BACURAU, Gabrieli Vitorino. **Crime organizado**: histórico, características e problema conceitual. 2012. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/crime-organizado-historico-caracteristicas-e-problema-conceitual/83194>>. Acesso em: 20 set. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

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

BRASIL. Decreto n.º 4.376, de 13 de setembro de 2002. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Brasileiro de Inteligência, instituído pela Lei n.º 9.883, de 7 de dezembro de 1999, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4376compilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2016.

_____. Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 de set. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 21 jul. 2016.

_____. Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 de mar. de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 21 set. 2016.

_____. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 de dez. de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2016.

_____. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 de ago. de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 de jul. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 de jul. de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 21 set. 2016.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 de ago. de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 21 set. 2016.

_____. **Projeto de Lei n.º 150, de 23 de maio de 2006.** Dispõe sobre a repressão ao crime organizado e dá outras providências.. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/8236.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2016.

_____. **Projeto de Lei n.º 6764, de 9 de maio de 2002.** Acrescenta o Título XII, que trata dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, à Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=51185>>. Acesso em: 21 set. 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crime organizado: nova Lei 12.850/13 e o problema da conduta dos agentes infiltrados no cometimento de infrações penais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13707>. Acesso em: 20 ago. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal I: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v.1.

CARVALHO NETO, Pedro Alves de. **A Responsabilidade penal do agente infiltrado em organizações criminosas com o advento da Lei 12.850/13**. 2014. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-responsabilidade-penal-do-agente-infiltrado-em-organizacoes-criminosas-com-o-advento-da-lei-12-850-13/128204/>>. Acesso em: 20 set. 2016.

CONSERINO, Cassio Roberto. **Crime organizado e institutos correlatos**. São Paulo: Atlas, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **A Figura do agente infiltrado e sua responsabilidade penal**. 02 dez. 2014. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-figura-do-agente-infiltrado-e-sua-responsabilidade-penal/14745>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

DANTAS, Marcus Vínicius da Silva. **O necessário aperfeiçoamento legislativo sobre o crime organizado - uma visão do PLS 150/2006**. Disponível em <<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf/903/o-necessario-aperfeiconamento/o-necessario-aperfeiconamento.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2015.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

FERREIRA, Maurício Belo. **Escusas absolutórias**. 17 mar. 2010. Disponível em: <<http://juizocriminal.blogspot.com.br/2010/03/escusas-absolutorias.html>>. Acesso em: 25 set. 2015.

FERREIRA FILHO, Juvenal Marques. **Aspectos práticos da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Jus Navigandi, 01 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25355/aspectos-praticos-da-lei-n-12-850-de-02-de-agosto-de-2013>>. Acesso em: 20 set. 2015.

FLORENCIO, Katharina Samara Lopes. A exclusão da responsabilidade penal de agentes infiltrados pelos crimes praticados como imperativo da missão de infiltração. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2529, 4 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14973>>. Acesso em: 15 set. 2016.

GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. **Crime organizado e seu tratamento jurídico penal**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GOMES, Rodrigo Carneiro, **O Crime organizado na visão da convenção de palermo**. 2. ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2009

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01122010-144008/publico/Infiltracao_policial_Maria_Jamile_Jose.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

LOPES NETO, Diogo José. **A Responsabilidade penal do agente infiltrado.**

Disponível

em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2812/2591>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

MALAN, Diogo. **Agente infiltrado no processo penal.** Disponível em:

<http://www.malanleoadvs.com.br/artigos/agente_infiltrado.pdf>. Acesso em: 26 set. 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007

NASCIMENTO, Marina Georgia de Oliveira e. **O conceito de organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro.** Jus Navigandi, 01 mai. 2014.

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29094/o-conceito-de-organizacao-criminosa-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

NIZZO, Gabriel Rozemberg. **Organização criminosa: uma análise crítica da legislação nacional vigente e os obstáculos frente ao princípio da legalidade.**

Disponível em: <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/16226/16226.PDF>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial.** Curitiba: Juruá, 2011.

PINTO, Soraya Moradillo. **Infiltração policial nas organizações criminosas.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

PIRES, Agnaldo Rogério. **Quadrilha ou Bando.** Bueno e Costanze Advogados, Guarulhos, 28 set. 2009. Disponível em : <<http://www.buenoecostanze.com.br>>. Acesso em: 5 set. 2016.

SOARES, Paulo José da Rocha. Responsabilidade Penal. **Psychiatry on line Brasil**, Janeiro de 2009, v., n.1. Disponível em:

<<http://www.polbr.med.br/ano09/for0109.php>>. Acesso em: 5 out. 2016.

SOUZA, Alexis Sales de Paula e. O conceito de organização criminosa no direito comparado e na legislação brasileira. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1503, 13 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10276>>. Acesso em: 4 out. 2016.

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA INTERNET E A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Ricardo Duarte Guimarães^{*}

RESUMO

Este artigo visa à análise do advento e da consolidação do Direito ao Esquecimento, tendo em vista a violação dos direitos da personalidade na rede mundial de computadores. Elencar-se-ão, em foco, os preceitos consubstanciados na Constituição Federal e no Código Civil, e a partir do estudo da legislação, da jurisprudência pátria e estrangeira, e da doutrina especializada, será verificada a colisão entre direitos fundamentais e a necessidade de proteção efetiva dos Direitos da Personalidade na Internet, a fim de se constatar a aplicação do “direito de ser esquecido”.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Violação. Internet. Direito ao Esquecimento.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico do mundo contemporâneo e o advento da Internet facilitaram a propagação e concatenação de informações e imagens da vida dos indivíduos, principalmente nas redes sociais (*Web 2.0*), o que passou a exigir maior cuidado e reflexão sobre os direitos da personalidade, tendo em vista o exercício da liberdade de expressão e dos direitos de acesso à cultura e à informação.

A Constituição Federal, no inciso X do seu art. 5º, dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Esta garantia consolidou os direitos da personalidade como direitos fundamentais que decorrem, inelutavelmente, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, necessitam tais direitos de uma tutela jurisdicional diferenciada, específica, que reconheça suas peculiaridades e conceda uma proteção eficaz,

^{*} Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Salvador (UNIFACS). Bacharel em Humanidades com ênfase em Políticas e Gestão da Cultura pela UFBA. Membro e Diretor do Instituto Baiano de Direito Intelectual (IBADIN). Professor de Direito Civil e Processo Civil da Faculdade Metropolitana de Camaçari (FAMEC). E-mail: ricardoduarte.adv@outlook.com

consoante preceitua o art. 12 do Código Civil, em consonância com os artigos 20 e 21 do mesmo diploma legal, especialmente no âmbito da rede mundial de computadores.¹ E é nesse contexto que se vislumbra a possibilidade de tutela do denominado “Direito ao Esquecimento”.

Desse modo, o objetivo geral deste trabalho é analisar as formas de violação dos direitos da personalidade na Internet e verificar a consolidação do “direito de ser esquecido” no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista as mais diversas leis e normas que devem ser observadas nesta seara, elencando-se os institutos aplicáveis para uma efetiva proteção de tal direito, sem que isto se traduza em abuso de direito.

Será analisada, assim, a dicotomia entre os direitos fundamentais envolvidos na questão, bem como serão apontados, através da consulta em livros, periódicos e sites, diferentes entendimentos doutrinários que cercam o tema em baila, a jurisprudência pátria e estrangeira, e a legislação atinente à matéria, em especial, o Código Civil e a Constituição Federal.

Inicialmente, abordar-se-ão os aspectos conceituais e estruturais dos direitos fundamentais (essencialmente a diferença entre regras e princípios), bem como os seus limites no âmbito de colisão com outros direitos de mesma espécie. Após, serão apresentados os direitos da personalidade em dicotomia com as liberdades fundamentais e os direitos de acesso à cultura e à informação.

Em seguida, será traçada a violação dos direitos da personalidade no mundo virtual, a partir do contexto social contemporâneo (marcado, principalmente, pela evolução da rede mundial de computadores), das leis vigentes e da necessidade da tutela preventiva e integral de tais direitos.

Por fim, será verificado o advento do Direito ao Esquecimento e constatado que, na atual conjuntura jurídica e social do país, é possível a sua proteção com o finco de limitar as formas (e fins) de (re)utilização de informações antigas/passadas, disponíveis, principalmente, na “rede”.

¹ DUARTE, R.; BASTOS, A. J. S. A Tutela Inibitória como Instrumento de Proteção dos Direitos da Personalidade. In: André Cordeiro Leal; Maria dos Remédios Fontes Silva; Valesca Raizer Borges Moschen. (Org.). *Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 363.

2 AS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, para se obter bom entendimento acerca do tema, é preciso ter clara noção sobre os aspectos jurídicos que compõem os direitos fundamentais, uma vez que tais tipos de direitos serão amplamente estudados ao longo do presente trabalho. Indaga-se: quais são as normas do ordenamento jurídico que são caracterizadas como normas de direitos fundamentais?

Em primeiro lugar, a norma de direito fundamental se caracteriza pela forma como é positivada. Ou seja, quando a Constituição estabelece expressamente em determinado capítulo quais são de fato os “direitos fundamentais” e os associa diretamente com outras disposições.²

Em segundo lugar, são também consideradas como normas de direitos fundamentais as disposições que, em que pese não estejam associadas diretamente a dispositivo de direito fundamental, possuem caráter atributivo (indireto), ou seja, são necessárias para a fundamentação na aplicação da norma expressa no texto constitucional quando esta, por exemplo, possui uma forma estrutural aberta (genérica); todavia, este tipo de norma, para se consubstanciar efetivamente como fundamental, deve ser classificada como válida no sentido de possuir correta argumentação (fundamentação) na sua correlação com os direitos diretamente expressos.³

Nesta linha de intelecto, concebendo o conceito de norma de direitos fundamentais, é preciso compreender os seus aspectos estruturais. Desse modo, tais tipos de normas se dividem em regras e princípios. Segundo Robert Alexy, “essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”.⁴

Tomando por base a teoria de Alexy, Virgílio Afonso da Silva delinea a “teoria dos princípios”, distinguindo regras e princípios da seguinte forma: pelas regras são garantidos direitos (impostos deveres) definitivos; já pelos princípios, são garantidos os direitos (impostos deveres) denominados de *prima facie*. Tal entendimento se traduz no fato de que, um direito consubstanciado em uma regra deve ser realizado

² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 68.

³ *Ibid.*, p. 72-74.

⁴ *Ibid.*, p. 85.

totalmente, enquanto que um direito consubstanciado em um princípio possui, em termos gerais, realização parcial, pois há uma diferenciação entre o que é garantido *prima facie* e o que é garantido em definitivo.⁵

Neste sentido, os princípios são “mandamentos de otimização”. Isso quer dizer que os princípios podem ser realizados em diferentes graus, uma vez que exigem que algo deve ser realizado em máxima medida possível, de acordo com possíveis condições fáticas e jurídicas para tanto, o que, em casos complexos, é difícil de ocorrer, uma vez que tal aspecto “máximo” acaba por esbarrar na proteção de outros princípios. Diferentemente, as regras jurídicas não dependem de condições fáticas ou jurídicas para serem aplicadas.⁶

Assim explica Alexy:

Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidente e das possibilidades fáticas. O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.⁷

O referido autor, criticando o modelo simplista de Ronald Dworkin de que as regras válidas devem ser aplicadas na perspectiva “tudo-ou-nada”, enquanto os princípios servem para nortear, sem refletir uma decisão direta, explícita que tais institutos se diferenciam, principalmente, no que tange os conflitos e colisões.⁸

Um conflito entre regras é solucionado através de uma cláusula de exceção ou através da declaração de invalidade de uma delas. Já a colisão entre princípios (quando algo é permitido por um princípio e proibido por outro) é solucionada por cessão/ponderação, ou seja, um princípio, no caso concreto, irá, apenas, preponderar em relação ao outro, por possuir precedência sob determinadas

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. n. 4. São Paulo: Renovar, 2006, p. 26-27.

⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32.

⁷ ALEXY, 2011, p. 104.

⁸ *Ibid.*, p. 104.

condições. A norma é aplicada, no caso das regras, por subsunção, e no caso dos princípios, por sopesamento, através da ponderação de interesses.⁹

E é na possibilidade de colisão entre princípios que se estabelecem as restrições (limites) dos direitos fundamentais. A impossibilidade de existência de direitos absolutos faz com que o mandamento de otimização que caracteriza um princípio possibilite a mitigação do mesmo pela colisão com outro(s) princípio(s).¹⁰

As limitações devem ser observadas pelo crivo da proporcionalidade/razoabilidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Neste diapasão, somente é possível definir o que será aplicado no caso concreto após a ponderação de interesses (sopesamento), sendo a definição da garantia definitiva do direito determinada pelas condições fáticas e jurídicas que permeiam a questão.¹¹

Verifica-se, no âmbito do presente trabalho, portanto, a importância da análise sobre as limitações de direitos fundamentais (caracterizados como princípios), tendo em vista os meios de proteção dos direitos da personalidade, em detrimento do exercício da liberdade de expressão e dos direitos de acesso à cultura e informação.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM QUESTÃO

As liberdades fundamentais e os direitos de acesso à cultura e à informação

José Afonso da Silva, ao definir o ser humano como ser liberto, aduz que este, na medida em que exerce maior domínio sobre a natureza e as relações sociais, se torna cada vez mais livre. O homem, no decorrer da história, se liberta em busca do conhecimento, e a partir do domínio das leis da natureza, passa a compreender as leis da necessidade, atuando, então, de forma transformadora, sobre o real/social, a fim de ampliar a sua personalidade.¹²

Neste diapasão, a evolução tecnológica e sua influência na vida moderna são a realidade do mundo contemporâneo. Em pleno século XXI, o Direito não fica

⁹ SILVA, op. cit., p. 33-34.

¹⁰ Ibid., p. 39-40.

¹¹ SILVA, 2005, p. 39-40.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 231.

imune a essa influência. São visíveis os efeitos da evolução tecnológica em âmbito jurídico. O Direito deve(ria) acompanhar a globalização inerente a este “novo” mundo, já que o homem, exercendo ainda mais a sua liberdade, necessita adequar as “regras” vigentes para ideal convívio em sociedade.

Insta, indispensável, portanto, apontar como fundamento do presente estudo a definição de “Liberdade”, que é classificada de duas formas: liberdade interna e externa. A primeira, denominada também de “liberdade subjetiva/psicológica/moral” ou “liberdade de indiferença”, está ligada ao livre-arbítrio, ou seja, representa a manifestação da vontade interior, do ser, nas escolhas, no querer. Já a segunda, denominada também de “liberdade objetiva” ou “liberdade de fazer”, é caracterizada pelas expressões, pelo o que é exteriorizado a partir de uma escolha, ou seja, representa, de certa forma, o “poder”.¹³

Então, tendo por base o aspecto externo da liberdade, constituem-se, a liberdade de expressão e a liberdade de informação. A primeira traduz o juízo de valor, ou seja, a manifestação intelectual, artística, religiosa, científica e cultural. A segunda é caracterizada pela objetividade, ou seja, pela simples divulgação de fatos, consolidando o direito à informação.¹⁴ Ambas estão intimamente ligadas pela liberdade de comunicação, que trata da propagação do conhecimento, seja ele qual for e da mesma forma, os direitos de informar e de ser informado estão ligados à liberdade de imprensa, que nasceu, também, como garantia de liberdade individual, mas se afirmou ao lado do direito coletivo à informação.¹⁵

A Constituição Federal de 1988 garantiu a proteção destes institutos no art. 5º, incisos IV (“*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;*”), IX (“*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;*”), XIV (“*é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;*”), sendo considerados, portanto, direitos fundamentais.

E o direito à cultura, apesar de não estar no rol dos direitos fundamentais do art. 5º da Constituição, possui seção específica (“Da Cultura” – art. 215 e 216) na mesma, com o finco de se proteger o pleno exercício de tal direito. Além disso, a

¹³ Ibid., p. 231-232.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação. In: *Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Cristiano Chaves de Faria, organizador. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 115.

¹⁵ SILVA, 2008, p. 231.

cultura, sem dúvida, faz parte da formação do direito à informação como direito fundamental.

Dessa forma, tais direitos são caracterizados como fundamentais, pois existem em relação ao Estado e são protegidos direta e subjetivamente por não poderem ser cerceados, uma vez que são garantidos constitucionalmente.

Os Direitos da Personalidade

Por outro lado, ao mesmo tempo em que a liberdade do homem ao longo do seu desenvolvimento se baseia principalmente na proteção de direitos inerentes a práticas externas, e em âmbito coletivo, os aspectos íntimos e pessoais dos indivíduos são, também, extremamente relevantes, necessitando, assim, os direitos inerentes à personalidade, proteção especial.

Consoante já exposto, a Constituição da República, no inciso X do seu art. 5º, prevê a inviolabilidade da *intimidade, vida privada, honra e imagem dos indivíduos*. Esta garantia consolidou os direitos da personalidade como direitos fundamentais, sendo estes caracterizados pela doutrina como “inatos, intransmissíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, extrapatrimoniais, vitalícios, necessários ou indispensáveis, oponíveis *erga omnes*, e relativamente disponíveis”.¹⁶

Assim, os direitos da personalidade, então reconhecidos como direitos autônomos (de titularidade dos indivíduos), foram concebidos com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.¹⁷ Não à toa, o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil do CJF dispôs que “os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana)”.

A partir disso, é possível relativizar a indisponibilidade de tais direitos, analisando-os pela perspectiva da Autonomia Privada, que é assim conceituada por Roxana Borges:

¹⁶ AGUIAR, Mônica. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 67.

¹⁷ BARROSO, 2007, p. 109.

Entende-se, em geral, autonomia privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas consequências jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico.¹⁸

Ou seja, existe a possibilidade de disponibilidade dos direitos da personalidade, desde que sejam obedecidos os limites constantes na autorização concedida pelo titular do direito, através de uma cessão, licença ou permissão. Assim, o negócio jurídico realizado entre as partes para utilização de direitos da personalidade deve ser minuciosamente detalhado, a permissão deve ser expressa e as disposições interpretadas restritivamente.¹⁹

É neste contexto que a Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) dispõe em seus arts. 20 e 21 a tutela de alguns dos direitos da personalidade, especialmente os que, corriqueiramente, são violados na Internet:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Apesar do art. 20 suscitar possível disponibilidade, percebe-se, via de regra, a vedação à divulgação de escritos ou utilização de imagem de alguém tendo por fim o lucro, ou que acarretem violação à honra, boa fama ou respeitabilidade do indivíduo. O artigo 21, por sua vez, não dá margem a qualquer disponibilidade, traçando a inviolabilidade da vida privada e intimidade.

Na lição do jurista italiano Adriano De Cupis, a honra é a dignidade da pessoa que se reflete no seu próprio sentimento e na concepção das outras pessoas.²⁰ E na lição de Pontes de Miranda, a honra é direito inato e universal do ser humano, que

¹⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

¹⁹ *Ibid.*, p. 121-122.

²⁰ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 111-112.

abrange o sentimento e a consciência de dignidade própria e a estima na consideração moral dos outros.²¹

Percebem-se, logo, duas “vias” desse direito: objetiva e subjetiva. O reconhecimento do direito à honra se caracteriza pela proteção da honra objetiva: reputação da pessoa, que compreende o bom nome e a fama perante a coletividade (no ambiente familiar, profissional, comercial etc.); e da honra subjetiva: sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade.²²

Na lição de Anderson Schreiber, no âmbito do direito penal, a honra objetiva está associada aos crimes de calúnia e difamação (artigos 138 e 139 do Código Penal), enquanto a honra subjetiva está ligada ao crime de injúria (art. 140 do CP).²³ Já em relação ao direito à imagem, a CF de 1988, além de proteger a inviolabilidade da imagem das pessoas no inciso X do seu art. 5º, assegurou, no inciso XXVIII, a, e no inciso V, do mesmo artigo “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas” e o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, respectivamente.

Assim, o “direito à própria imagem”²⁴, como direito fundamental, se refere aos aspectos da individualidade, identidade e reconhecimento da pessoa, como elo da realidade jurídica da imagem humana, posto que este direito somente existe se a representação visível de um indivíduo pode ser atribuída a um sujeito concreto. Neste certame, Aguiar faz a seguinte observação:

A imagem, aqui, deve ser entendida não somente como a representação de uma pessoa, mas, também, como a forma pela qual ela é vista pela coletividade. Compreende-se nesse conceito, não apenas o semblante do indivíduo, mas partes distintas do seu corpo, sua própria voz, enfim, quaisquer sinais pessoais de natureza física pelos quais possa ser ela reconhecida.²⁵

²¹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado - Parte Especial*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 44.

²² BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 129.

²³ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 74. “**Art. 138** - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa; Art. 139 – Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa; Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena – **detenção, de um a seis meses, ou multa**”.

²⁴ Termo adotado por Mônica Aguiar e Antônio Chaves.

²⁵ AGUIAR, 2002, p. 17.

Antônio Chaves completa: “No sentido comum, é a representação pela pintura, escultura, fotografia, filme etc., [...] da pessoa humana. [...] Muito embora podemos considerar como imagem a reprodução de um pé, um braço, uma mão, um busto, não somente, pois, da pessoa humana inteira”.²⁶

E no que tange à privacidade e à intimidade, segundo Silmara Chinellato, tais institutos não possuem o mesmo significado: “Aquele tem âmbito maior, que contém a intimidade, ou seja, vida privada e intimidade podem ser consideradas círculos concêntricos. [...] Quem está autorizado a ter acesso à vida privada de alguém não está, automaticamente, autorizado a tê-lo quanto à intimidade do mesmo titular”.²⁷

Para Stolze e Pamplona, “a vida privada é entendida como a *vida particular* da pessoa natural (*right of privacy*)”.²⁸ E Mônica Aguiar define que o direito à vida privada é “o direito que tem cada indivíduo de excluir do conhecimento público fatos que denotem preferências e outros dados que a pessoa julgue devam ser subtraídos dessa esfera de informação”.²⁹

E são diversos os bens jurídicos protegidos pelo direito à intimidade, mas todos têm como essência, em suma, fatos ou informações que possuem um caráter de exclusividade, de conhecimento, unicamente, da própria pessoa, que ocorrem em âmbito particular ou que são produzidas unilateralmente e que são (ou não) compartilhadas apenas com as pessoas que convivem intimamente com ela (geralmente os familiares mais próximos e amigos íntimos) e, às vezes, com alguns tipos de profissionais, específicos, como médico, psicólogo e advogado.

A Constituição Federal, ao incluir em seu texto a proteção ao direito à intimidade e à vida privada como institutos distintos, manteve corretamente as distinções doutrinárias entre a proteção da intimidade e a proteção da vida privada, já que são dois conceitos diversos, com extensões de tutela diferentes, que permitem a mais ampla proteção da pessoa humana, perante qualquer espécie de ofensa.³⁰

²⁶ CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 9, n. 34, p. 23-42, abr./jun. 1972. p. 23-24.

²⁷ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 7. ed. São Paulo: Manole, 2014, p. 54.

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214, grifos dos autores.

²⁹ AGUIAR, op. cit., 2002, p. 31.

³⁰ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 133.

Ademais, o art. 12 da lei cível, em consonância com o inciso XXXV do art. 5º da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), prevê a possibilidade de se cessar ameaça de lesão aos direitos da personalidade.

É neste contexto, de efetiva proteção dos direitos da personalidade, especialmente no que diz respeito à honra, imagem, vida privada e intimidade das pessoas, que nasce a percepção sobre o direito ao esquecimento.

4 A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA INTERNET

Mas antes de se adentrar à análise do direito ao esquecimento, cumpre tecer algumas considerações sobre a violação dos direitos da personalidade na Internet, traçando panorama sobre o meio virtual e a circulação de conteúdos e informações na “rede”, pois é sob este prisma que advém o “direito de ser esquecido”.

O surgimento da Internet é, sem dúvida, o grande marco do desenvolvimento tecnológico da sociedade contemporânea, e contribuiu de forma significativa para a propagação do exercício da liberdade de expressão e garantia dos direitos de acesso à cultura e à informação. Por outro viés, a disseminação de arquivos pessoais e dos mais diversos tipos de informações e conteúdos na “rede” passou a contribuir com o aumento da violação aos direitos da personalidade dos indivíduos, a exemplo dos crimes contra a honra.

A Internet, conhecida, também, como rede mundial de computadores, é um meio de comunicação que interliga, em âmbito internacional, bilhões de usuários, permitindo a transmissão de informações de qualquer natureza, constituindo um verdadeiro sistema global de interatividade virtual.

Atualmente, a Internet faz parte do cotidiano das pessoas, mas sua expansão na sociedade brasileira ocorreu a partir do ano de 1995, quando se tornou comercialmente viável.³¹ Em 1998, no auge do barateamento das comunicações do século XX, o número de usuários no Brasil passou de 140 mil para 800 mil nos anos

³¹ BINICHESKI, Paulo Roberto. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 199.

subsequentes.³² No ano 2000, eram apenas 400 milhões de pessoas com acesso à Internet, e, em 2015, mais de 3 bilhões de pessoas passaram a utilizar a “rede”.³³

A transformação da Internet em instrumento de comunicação de massa foi possível graças à rede mundial *World Wide Web* (*WWW* ou *Web*). Esta ferramenta virtual permitiu uma evidência ímpar de textos, imagens e sons, relacionando-os com outros documentos, apenas com um simples clique, sem qualquer necessidade de se visualizar incontáveis protocolos de acesso.³⁴

A revolução comunicacional promovida pela *Web* perpassa pelo desenvolvimento tecnológico da contemporaneidade. A união dos “3Cs” (computação, comunicação e conteúdo) constituiu a Sociedade Digital (ou Sociedade da Informação) na qual os conteúdos se tornaram bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito. Por isso, muitas questões e discussões surgiram a respeito dos conteúdos publicados na Internet que são extremamente necessários para que seja mantido o interesse na utilização do próprio meio de comunicação e da tecnologia em si.³⁵

O conteúdo tornou-se objeto de negócio, um produto, uma mercadoria da Internet, que agrega valor ao *site* que o publica, pois atrai o público à sua visita.³⁶ A questão é que os conteúdos publicados na rede mundial de computadores muitas vezes são ilícitos e geram danos irreparáveis, de ordem moral, às pessoas, pois costumam violar direitos da personalidade.

Os provedores de aplicações da Internet, ou provedores de serviços e conteúdos, são responsáveis pela disponibilização de conteúdos na *Web* e, na maior parte dos casos, faz controle editorial sobre as informações que divulga, escolhendo o teor do que é publicado.³⁷

Desse modo, é possível aferir que os Provedores de Aplicações da Internet são “culpados” pelo desenvolvimento da *Web 2.0* (uma nova forma de se “encarar” a

³² PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

³³ Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/em-15-anos-numero-de-usuarios-de-internet-passou-de-400-milhoes-para-32-bilhoes-revela-onu/>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

³⁴ PAESANI, op. cit., p. 12.

³⁵ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 159-160.

³⁶ *Ibid.*, p. 160.

³⁷ LEONARDI, Marcel. Internet: Elementos Fundamentais. In: *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação*. Manoel J. Pereira dos Santos e Regina Beatriz Tavares da Silva, coordenadores. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 60.

Web), principalmente através das Redes Sociais³⁸, que, ao mesmo tempo, fez surgir, para os provedores, uma nova forma de arrecadar dinheiro através do acesso dos usuários aos conteúdos (lícitos e ilícitos) e da comercialização de espaços para publicidade.³⁹

A *Web*, nos últimos anos, passou a fazer parte do dia a dia das pessoas. A tecnologia da informação possibilitou uma espécie de “acessibilidade total”, sem fronteiras, pela qual as pessoas passaram, também, a produzir novos bens e serviços variáveis no mundo virtual. A Internet deixou de ser somente uma rede de computadores e se transformou em uma rede de pessoas.⁴⁰ Na *Web 2.0*, os usuários são também produtores de conteúdo (provedores de informação).

Todavia, o uso de colaboração em massa na Internet exige cuidados e, conseqüentemente, tutela jurídica específica. Não à toa, entrou em vigor, em 2014, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014).

Patrícia Peck alerta que, quando “o próprio internauta gera, manuseia, edita o conteúdo, tem que se ter todo o cuidado para que isso não promova a prática de ofensas digitais, em que os crimes contra a honra são os mais comuns (difamação, calúnia e injúria), bem como o uso não autorizado de imagem de pessoas”.⁴¹

Dessa forma, uma das principais questões que envolvem o direito na atualidade está consubstanciada, justamente, na colisão entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão, liberdade de imprensa e os direitos de acesso à cultura e à informação na Internet.

Inúmeros são os casos de difamação, calúnia e injúria na rede mundial de computadores, além da utilização indevida (desautorizada) de imagem e violação à privacidade e à intimidade das pessoas. Tais ilicitudes se agravam na “rede”, pois são perpetuadas com extrema velocidade, sendo praticamente impossível constatar os seus alcances e, conseqüentemente, removê-las por completo, impedindo o acesso pelos usuários.

³⁸ Espécie de estrutura *on-line* composta por pessoas ou organizações, conectadas “entre si”, que compartilham conteúdos e informações por algum tipo de relação que possuem ou que se vinculam. O maior exemplo de rede social na atualidade é o *Facebook*, criado por Mark Zuckerberg.

³⁹ O MySpace foi vendido, em 2005, por 580 milhões de dólares. O YouTube foi negociado por 1,65 bilhão de dólares. O Kazaa, em 2010, fez acordo judicial de 115 milhões de dólares. MORAES, Rodrigo. “Generosidade Intelectual”: a despistadora ideologia da *Web 2.0*. *Revista da ABPI*, n.117, Mar/Abr de 2012, p. 40-52. E o Whatsapp, em 2014, foi adquirido pelo Facebook pela bagatela de 22 bilhões de dólares. Disponível em: < <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/10/preco-de-compra-do-whatsapp-pelo-facebook-sobe-us-22-bilhoes.html>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

⁴⁰ PINHEIRO, 2013, p. 366-367.

⁴¹ *Ibid.*, p. 368.

Seguindo esta linha de pensamento, observa Peck:

Como sabemos, o efeito de um conteúdo mentiroso ou calunioso na Internet pode ser muito mais devastador do que em qualquer outro veículo. Mesmo que uma notícia falsa possa ser rapidamente apagada de um *site*, por exemplo, ela já pode ter sido copiada inúmeras vezes e disponibilizada em muitas outras páginas. Assim como é difícil valorar um conteúdo virtual, é igualmente difícil valorar o tamanho do dano causado por um conteúdo quando passa uma informação errada, calúnia, ou manifesto contra determinada empresa. Ou seja, é praticamente impossível mensurar a extensão do dano;⁴²

Exemplo de grave violação à intimidade na Internet foi o caso “Carolina Dieckmann”, que culminou na criação, na seara penal, da Lei nº 12.737/2012, que tipificou criminalmente delitos informáticos.⁴³ Em 2011, ao colocar seu computador no conserto, a atriz foi chantageada para que suas fotos íntimas, em que se encontrava nua (contidas no aparelho), não fossem divulgadas na Internet.⁴⁴ A atriz teve suas imagens disseminadas na rede mundial de computadores, o que culminou em comoção pública para criação de lei específica sobre este tipo de ilicitude no meio virtual.

Em um cenário ainda mais atual, são constantemente noticiados casos de violação à intimidade e à imagem das pessoas na utilização de aplicativos de celulares, principalmente do *WhatsApp*⁴⁵. Em decisão de 2014, com base no Marco Civil da Internet, o Tribunal de Justiça de São Paulo exigiu que a sociedade empresária responsável pelo referido aplicativo identificasse os indivíduos que divulgaram o conteúdo de conversas em que foram compartilhadas fotomontagens pornográficas de uma estudante universitária. Infelizmente, hoje, diversos jovens sofrem com este tipo de exposição e acabam adquirindo doenças como depressão e, em alguns casos, até se suicidam.⁴⁶

⁴² PINHEIRO, 2013, p. 161.

⁴³ Eis o art. 154-A do Código Penal, incluído pela Lei nº 12.737/2012: “Art. 154-A - Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter **vantagem ilícita.**”

⁴⁴ AS FOTOS de Carolina Dieckmann nua: para entender o caso. *Folha de S. Paulo* São Paulo, 08 maio 2012. Para Entender Direito. Disponível em: <<http://direito.folha.uol.com.br/blog/as-fotos-de-carolina-dieckmann-nua-para-entender-os-crimes-do-caso>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

⁴⁵ Aplicativo para aparelho celular que permite troca de mensagens e compartilhamento de conteúdo *on-line*.

⁴⁶ OLIVEIRA, João Vitor. Após „bullyng“ com aluna, Justiça pede quebra de sigilo do WhatsApp. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 set. 2014. Tec. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/09/1522037-justica-determina-quebra-de-sigilo-do-whatsapp>>

Portanto, o que se vê na atual sociedade contemporânea é uma verdadeira gama de ilícitos que acabam decorrendo do exercício de direitos como a liberdade de expressão e o acesso à cultura e à informação, em detrimento da proteção dos direitos da personalidade. E é nesse contexto que foi consolidado o direito ao esquecimento, que será analisado no item que segue.

E a grande questão é que não é possível reparar de forma integral os danos oriundos da violação a direitos como a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade, uma vez que extrapolam o viés patrimonial e atingem a dignidade da pessoa humana.

Como exemplificam e ressaltam Stolze e Pamplona, “a honra violada jamais pode ser restituída à sua situação anterior, porquanto, como já disse certo sábio, as palavras proferidas são como as flechas lançadas, que não voltam atrás...”.⁴⁷

Diante disso, alguns doutrinadores, tendo por base o “Princípio do Menor Dano Possível”, que decorre dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, defendem de forma contundente o emprego da tutela preventiva/antecipatória para coibir os atos que violam direitos da personalidade na Internet, através da retirada (prévia) das informações ou conteúdo (supostamente) ilícitos da “rede”.⁴⁸

apos-caso-de-montagens-pornos.shtml>. Acesso em: 16 jul. 2016. Insta salientar que este aplicativo vem sendo rotineiramente bloqueado pela justiça brasileira, como forma de coagir o aplicativo a cumprir as decisões sobre a quebra de sigilo de conversa de pessoas que estão sendo investigadas, suspeitas de cometer crimes. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/05/por-que-juiz-pode-bloquear-whatsapp-no-brasil-veja-perguntas-e-respostas.html>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

⁴⁷ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 92.

⁴⁸ **Alguns autores, inclusive, contrariando o art. 19 do Marco Civil da Internet “(Art. 19. Com o intuito**

de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.)”, **defendem, em relação à retirada de conteúdos supostamente ilícitos da internet, que violam direitos da personalidade, a aplicação do princípio do menor dano possível (em consonância com o princípio da proporcionalidade) no âmbito extrajudicial, através da ponderação, para responsabilizar os provedores de aplicações da internet que não fazem a exclusão de conteúdo quando são notificados extrajudicialmente (“notice and take down”). Esse é o posicionamento de Marco Aurélio Florêncio Filho: “Certamente, ao editar o art. 19**

da Lei 12.965/2014, o legislador minimizou a aplicação da regra do *notice and take down*, pois o provedor agora só será responsabilizado civilmente se após decisão judicial específica não retirar o conteúdo da Internet. Ora, se após notificação extrajudicial do usuário o provedor tinha condições de retirar as informações da Internet, quando verificado dano aos direitos do usuário, e não fez, será que não deveria ser responsabilizado pelo dano ocasionado? Diante do art. 19 da Lei 12.965/2014, a resposta provisória seria não. Parece-nos, entretanto, que diante do sopesamento de princípios, dignidade da pessoa humana, privacidade, de um lado; e, de outro, a liberdade de expressão, o provedor de aplicações de Internet após ser notificado pelo usuário e verificado o dano não poderá se afastar da responsabilidade de indenizar, sob a alegação de que não havia ordem judicial para retirar o conteúdo da Internet. Essa seria a interpretação constitucional que melhor se adequaria ao princípio da proporcionalidade”. FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no marco civil da internet. In: DEL MASSO, Fabiano;

Nesta linha de intelecto, Peck leciona que, pelo princípio do menor dano possível, é melhor que se retire do ar o conteúdo (ou a informação) divulgada na Internet que esteja em pauta de discussão, do que mantê-lo na “rede”, “mas, sendo infundada a denúncia, deve-se garantir a volta ao ar do conteúdo e também a punição daquele que tenha sido leviano, visto que aí a lesão será à liberdade, em vez de à privacidade (como vem ocorrendo mais comumente, em geral, ferindo a honra e a reputação)”⁴⁹.

O princípio do menor dano possível vem sendo adotado, inclusive, pela jurisprudência pátria, em relação às ações que tem por objetivo a retirada de nome de cadastro de inadimplentes. Eis trecho de decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Noutro norte, na ponderação dos possíveis prejuízos decorrentes da tutela de urgência para a proibição do apontamento do nome do consumidor aos cadastros de inadimplentes, é certo que a sua concessão, mesmo que ao final da instrução se julgue improcedente o pedido, é a medida que revela o menor dano possível.⁵⁰

Este entendimento é totalmente condizente com a natureza dos direitos da personalidade e com a necessidade de proteção integral desses direitos, e pode (e deve) ser trazido e aplicado no mundo virtual, tendo em vista a facilidade de disseminação de conteúdo ilícito na Internet.

É justamente devido à irreparabilidade dos direitos da personalidade que a seguinte regra, que se fundamenta, também, no princípio do menor dano possível, deve prevalecer: a liberdade de expressão e os direitos de acesso à cultura e à informação devem ser limitados, prevalecendo os direitos da personalidade em sede de tutela preventiva e, em caso de abuso de direito por parte do ofendido, o usuário que tiver sua manifestação de pensamento (e/ou o direito de acesso à cultura e à informação) violada, poderá ser ressarcido pelos prejuízos da proibição e ter o conteúdo que veiculou devidamente publicado posteriormente na “rede”.

ABRUSIO, Julizana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coords.). *Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 36. O autor consubstancia seu entendimento em precedente do STJ, apresentando o seguinte julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1323754/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.8.2012.

⁴⁹ PINHEIRO, 2013, p. 421.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento* nº 10694120042163001, rel. Des. Otávio Portes, j. 24.4.2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115406249/agravo-de-instrumento-cv-ai-10694120042163001-mg>>. Acesso em: 17 set. 2016.

Não faz sentido algum que a regra seja pautada em sentido contrário, uma vez que, uma possível lesão aos direitos da personalidade pela divulgação de conteúdo ilícito gera danos irreparáveis, diferentemente de uma violação, por exemplo, à liberdade de expressão, que poderá ser facilmente reparada pelo pagamento de indenização por perdas e danos e pela (re)publicação do conteúdo que fora retirado de circulação da Internet indevidamente.

5 O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Pois bem. A ideia de direito ao esquecimento como direito da personalidade se fortaleceu no desenvolvimento do mundo virtual, delineado no item anterior, pela necessidade que passou a figurar nas vidas das pessoas, de serem “esquecidos” (leia-se apagados) registros de conteúdos e informações (dados pessoais) passados, não mais relevantes e, até, prejudiciais, que ficam (ou melhor, ficavam) “eternamente” armazenadas na Internet. Este direito nasce, assim, na conjuntura da colisão entre o direito à privacidade e o direito à informação.

Nas palavras de Anderson Schreiber, “a internet não esquece. [...] as informações que circulam da rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no corpo do direito.”⁵¹

Mas uma pessoa que teve algo publicado sobre sua vida na rede mundial de computadores anos atrás, e que não faz mais parte de sua realidade, é obrigada a conviver com esta informação disponível na “rede” para o acesso de qualquer usuário através de uma simples pesquisa em um buscador?

A Corte da União Europeia entendeu que não, em decisão inédita, prolatada em 2014, que abriu precedente para a consolidação do “direito de ser esquecido” na Internet, na UE. Um advogado espanhol, Mario Costeja, nascido no Brasil (possui, pois, dupla nacionalidade), teve o direito de ter o seu nome removido (ou melhor, “esquecido”) do famoso site de buscas *Google*.⁵²

⁵¹ SCHREIBER, 2014, p. 172.

⁵² Eis a ementa da decisão: “**Dados pessoais** – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados – Diretiva 95/46/CE – Artigos 2.º, 4.º, 12.º e 14.º – Âmbito de aplicação material e territorial – Motores de busca na Internet – Tratamento de dados contidos em sítios web – Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados – Responsabilidade do operador do motor de busca – Estabelecimento no território de um Estado-Membro – Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia –

Em 1998, um jornal publicou um leilão de um imóvel do qual o advogado era coproprietário, divulgando uma suposta dívida em nome de Costeja. Ocorre que ele não havia contraído qualquer dívida e, em 2005, o periódico passou a digitalizar suas publicações, e o “anúncio” passou a aparecer nos buscadores da Internet, especialmente no *Google*, apontado Costeja como devedor, o que passou a prejudicá-lo. Explica o advogado, em entrevista concedida para o periódico *Folha de S. Paulo*, que “naquele momento, aquilo me prejudicava profissionalmente. Tinha que dar explicações e ir com um dossiê para demonstrar que nunca havia sido devedor do Estado. Eu me dirigi pessoalmente ao buscador [*Google*]. Eles me disseram que teria que falar com a sede, nos EUA”. E continua:

Como pensei que existiam leis na Espanha que poderiam me proteger, procurei a agência espanhola de proteção de dados. Lá me deram razão e obrigaram o buscador a desindexar o anúncio dos resultados de pesquisa. O buscador recorreu da decisão. E, assim, o assunto foi para o Tribunal de Justiça da União Europeia, um órgão cujas sentenças são vinculantes em todos os Estados membros e que devem ser cumpridas no bloco inteiro. A ação começou em 2009. Houve momentos em que pensei que não ganharia, mas nunca perdemos a esperança.⁵³

E depois do precedente europeu, que passou a vigorar para 28 países da Europa, inúmeras pessoas passaram a pleitear o direito na Justiça no Reino Unido: Político, que tentava se reeleger, requereu a retirada de informações sobre o seu comportamento da Internet; da mesma forma, um homem condenado por abuso de menor pediu que links sobre sua condenação (já cumprida) deixassem de ser listados; médico também requisitou que opiniões negativas de pacientes não mais aparecessem quando seu nome fosse pesquisado na “rede”; etc. A Espanha tem mais de duzentos casos semelhantes para serem julgados.⁵⁴

Segundo Stefano Rodotà, o “Princípio do Direito ao Esquecimento”, como parte do “Princípio da Finalidade da Coleta dos Dados”, se traduz na “eliminação, ou na transformação em dados anônimos das informações que não são mais

Artigos 7º e 8º. A decisão, na íntegra, pode ser acessada através do site do Tribunal de Justiça da União Europeia (“*curia.europa.eu*”), no seguinte link:
 <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=153853&doclang=PT>>. A Corte disponibilizou, ainda, no site, um comunicado de esclarecimento à população sobre o assunto, que pode ser acessado neste link: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>.

⁵³ COSTEJA, Mario. Venci o Google: (...) depoimento a Felipe Gutierrez. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 23 maio 2014. Mundo, p. A21.

⁵⁴ EUROPEUS pedem que Google retire links. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 16 maio 2014. Mundo, p. A21.

necessárias”⁵⁵, ou seja, na remoção de conteúdo ou informação da Internet, que já teve a sua finalidade atingida quando publicada, mas que não é mais respaldada pelo fim que a originou.

Em prol da liberdade de informação, há quem discorde do “direito de ser esquecido”, como Ronaldo Lemos, que considera que o direito ao esquecimento “é mais veneno que remédio”: “A razão é o risco de efeitos colaterais. Como é praticamente impossível definir os limites desse direito, as decisões tornam-se subjetivas. E aí os problemas são muitos”.⁵⁶

Não à toa, no caso “Xuxa Meneghel”⁵⁷, o Superior Tribunal de Justiça, negando a aplicação do direito ao esquecimento, decidiu que os provedores de pesquisa não poderiam ser obrigados a deixar de veicular resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, ou os resultados que apontam para uma foto ou texto, independentemente da descrição do URL da página onde estiver inserido o conteúdo.⁵⁸

Contudo, a proteção do direito ao esquecimento no Brasil está atrelada não à (im)possibilidade de se “apagar o passado”, mas à necessidade de se limitar, em determinados casos, as formas de re(utilização) de informações publicadas no passado (muitas vezes dispostas na Internet).

O Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJF dispôs sobre o direito ao esquecimento:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil
Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação

⁵⁵ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 59. Inclusive, o autor define o direito à privacidade como a possibilidade de o indivíduo conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo de informação que lhe são atinentes. *Ibid.*, p. 92.

⁵⁶ LEMOS, Ronaldo. „Direito de ser esquecido” é mais veneno que remédio. *Folha de S. Paulo*, São

⁵⁷ “Na década de 1990, a apresentadora Xuxa conseguiu tirar das locadoras do país o filme “Amor Estranho Amor” (1979), no qual ela protagoniza cenas eróticas com uma criança. As imagens foram parar na internet e, em 2010, a apresentadora entrou com uma ação que buscava impedir o site de **buscas Google de listar resultados referentes aos termos “Xuxa”, “pedófila” e semelhantes**. Em 2012, o STJ considerou que a Google não deve fazer controle prévio dos conteúdos publicados na web por meio da **eliminação de resultados de busca**”. **BARAN apud SALIBA**, *O direito de ser esquecido*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31705/o-direito-de-ser-esquecido>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

⁵⁸ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI208402,21048-Google+nao+deve+eliminar+dos+resultados+imagens+e+videos+de+Xuxa+nua>>. Acesso em: 15 set. 2016.

vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.⁵⁹

Verifica-se que, originalmente, a concepção do direito ao esquecimento surge como parcela do direito à ressocialização de ex-detento, consubstanciado na seara penal. Sua justificativa assemelha-se ao caso “Lebach”, apresentado por Alexy.⁶⁰

Na década de 1970, uma emissora de televisão, na Alemanha, exibiria um filme sobre um crime cometido por um condenado que estava na iminência de ser libertado da prisão. O condenado apresentou reclamação constitucional, uma vez que a medida cautelar que propôs para que o filme não fosse exibido, com base na ameaça sobre sua ressocialização, fora rejeitada pelo Tribunal Estadual e pelo Tribunal Superior Estadual.⁶¹

O Tribunal Constitucional Federal, por sua vez, dentro da concepção da “teoria das condições de precedência”, desenvolveu o “sopesamento” para solução da colisão entre os princípios que abarcavam a causa, concebidos na Constituição alemã: proteção da personalidade do indivíduo e liberdade de informação. De forma isolada, um princípio permitiria a exibição do filme, enquanto o outro proibiria; todavia, como nenhum dos dois poderia ser invalidado, o Tribunal Constitucional decidiu, pela análise das circunstâncias do caso concreto, sobre qual interesse se sobressairia (ou cederia): o privado ou o público.⁶²

Neste caso, a partir da aplicação da técnica da ponderação de interesses, ficou decretada a impossibilidade de exibição do filme, já que a repetição da veiculação do crime ocorrido não estaria mais pautado em um interesse público atual de informação e colocaria em risco a ressocialização do condenado que seria liberto.⁶³

Percebe-se, pois, no caso “Lebach”, as origens do direito ao esquecimento.

⁵⁹ JORNADA DE DIREITO CIVIL VI: ENUNCIADOS APROVADOS. *Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

⁶⁰ **O caso “Lebach” é apresentado, também, por Barroso.**

⁶¹ ALEXY, 2011, p. 100.

⁶² *Ibid.*, p. 101.

⁶³ ALEXY, 2011, p. 102.

E tratando do “direito de ser esquecido” sob essa perspectiva, o STJ preferiu outra decisão, em 2013, condenando a Globo Comunicações e Participações S/A (Rede Globo) ao pagamento de indenização por danos morais por violação ao direito ao esquecimento de um dos acusados pelo crime que ficou conhecido como “Chacina da Candelária”, uma vez que a emissora exibiu o fato, treze anos depois, em um programa que veiculou o nome e a imagem do autor da ação. Segundo o STJ, o programa poderia ter exibido o caso sem fazer a menção ao nome da pessoa já absolvida em sede penal. Eis a ementa do importante julgado:

*RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO. PODERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.*⁶⁴

De forma primorosa, o STJ estabeleceu limitação à liberdade de imprensa, através da ponderação de interesses, tendo em vista a proteção dos direitos da personalidade do sujeito envolvido no caso.

Ademais, vale traçar um paralelo entre o direito ao esquecimento e o direito de arrependimento, que é um dos direitos morais de autor.

O direito ao arrependimento da obra (criada) está previsto no inciso VI do art. 24 da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98). O referido dispositivo dispõe que é direito moral do autor “o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem”.

Percebe-se que a norma vincula o direito moral ao arrependimento aos direitos à honra e à imagem, assim como fez o art. 20 do CC no âmbito do direito à imagem (ao vinculá-lo ao direito à honra). Contudo, da mesma maneira, é preciso

⁶⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1.334.097/RJ, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 28.5.2013. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/58894344/stj-10-09-2013-pg-2572>>. Acesso em: 17 set. 2016.

salientar que se tratam de direitos autônomos. Não é correto, portanto, também, vincular o direito ao arrependimento a outros direitos da personalidade, pois ele possui autonomia.⁶⁵ O arrependimento não advém de uma ofensa à honra ou à imagem do autor, mas da simples vontade (ideológica ou religiosa ou política etc.) de não querer mais que sua obra seja divulgada.

Assim, Rodrigo Moraes leciona que “o direito moral ao arrependimento flexibiliza situações aparentemente perpétuas e definitivas. Mitiga a inexorabilidade, abrandando situações consideradas fatalisticamente como imutáveis. [...] Todo ser humano tem direito a arrepender-se do passado, de voltar atrás, de rever velhas situações”.⁶⁶

Desse modo, é possível aferir que o direito ao arrependimento possui natureza, no mínimo, parecida ao do direito ao esquecimento, pelo fato de conferir ao titular a possibilidade de ter a sua criação, pretérita, que, de alguma forma, não faz mais parte da sua vida, “esquecida” perante a sociedade.

Diante desse contexto, não há dúvida de que, assim como é adotado o princípio do menor dano possível e o direito de arrependimento pelo ordenamento jurídico, o acolhimento do direito ao esquecimento pode (e deve) ser empregado no âmbito do controle sobre as formas de utilização de informações passadas, uma vez que, em determinadas situações, o exercício da liberdade informacional, sem haver, de fato, um interesse público na divulgação da informação, pode se traduzir em violação a (este) direito da personalidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, apreendeu-se que as normas de direitos fundamentais são concebidas pela forma como são positivadas ou pela atribuição que lhe é dada no que cerne a fundamentação das normas expressas no texto constitucional, devendo ser classificada como válida no sentido de possuir correta argumentação nesta correlação.

⁶⁵MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 214.

⁶⁶Ibid., p. 205. O autoralista traz em sua obra, dentre outros, o exemplo do primeiro disco de Roberto Carlos, *Louco por você, que, após o seu lançamento em 1961, nunca mais voltou às lojas, e “persiste renegado pelo cantor em todas as reedições de sua discografia”*. Ibid., p. 233-242.

Além disso, foi possível verificar que tais normas se dividem em regras e princípios, e a concepção sobre a colisão de direitos fundamentais foi basilar para o estudo realizado no desenvolvimento da pesquisa.

Verificou-se, também, que a liberdade informacional é tratada como uma liberdade fundamental, pois existe em relação ao Estado, sendo protegida pelo direito de não cerceamento, uma vez que é garantida constitucionalmente.

Por outro lado, observou-se que os direitos da personalidade também são concebidos como direitos fundamentais. Assim, ambos os direitos podem ser restringidos (limitados) na medida em que colidem com outros direitos fundamentais.

No âmbito da rede mundial de computadores, tal colisão ficou evidente a partir do desenvolvimento tecnológico, com o surgimento de novas formas e inúmeras possibilidades de violação aos direitos da personalidade. Desse modo, é sob o enfoque da constituição que os direitos em entrave devem ser interpretados em cada caso concreto, uma vez que não existem direitos absolutos.

Neste diapasão, constatou-se que o advento do direito ao esquecimento como direito da personalidade se fortaleceu no desenvolvimento do mundo virtual, pela necessidade que passou a figurar nas vidas das pessoas, de terem seus registros de conteúdos e informações do passado “esquecidos”, no sentido de se limitar o uso de tais informações no presente.

Enfim, foi possível perceber a consolidação do Direito ao Esquecimento e seu acolhimento pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo notado que, na atual conjuntura jurídica e social do país, é plenamente possível a sua proteção com o finco de limitar as formas (e fins) de (re)utilização de antigas informações/dados, disponíveis, inclusive, na Internet.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: FARIA, Cristiano Costa de (Org.). **Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

BINICHESKI, Paulo Roberto. **Responsabilidade civil dos provedores de internet**. Curitiba: Juruá, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BURGOS, Pedro. Google: me esquece!. GALILEU, CTRL+Z. Rio de Janeiro, **Globo**, n. 279, p. 57, out. 2014.

CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 9, n. 34, p. 23-42, abr./jun. 1972.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Código civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 7. ed. São Paulo: Manole, 2014.

COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na Internet: a Scarlet letter digital. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

COSTEJA, Mario. Venci o Google: (...) depoimento a Felipe Gutierrez. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Mundo, p. A21, 23 maio 2014.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DUARTE, R.; BASTOS, A. J. S. A Tutela inibitória como instrumento de proteção dos direitos da personalidade. In: LEAL, André Cordeiro; SILVA, Maria dos Remédios Fontes; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges (Orgs.). **Processo, jurisdição e efetividade da justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no marco civil da internet. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Julizana; FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio (Coords.). **Marco civil da internet**: Lei 12. 965/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEMOS, Ronaldo. Direito de ser esquecido" é mais veneno que remédio. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Tec., p. F2, 19 maio 2014.

LEONARDI, Marcel. Internet: elementos fundamentais. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coords.). **Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Rodrigo. **Os Direitos morais do autor**: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, João Vitor. Após „bullyng“ com aluna, Justiça pede quebra de sigilo do WhatsApp. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 24 set. 2014. Tec. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/09/1522037-justica-determina-quebra-de-sigilo-do-whatsapp-apos-caso-de-montagens-pornos.shtml>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. n. 4. São Paulo, n.4, 2006, p.25-51.

_____. **A Constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.