

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 409

(ano VII)

(31/07/2015)

ISSN - 1984-0454



**Conteúdo
Jurídico**
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



31/07/2015 João Baptista Herkenhoff
» [Algumas questões de Justiça](#)

ARTIGOS

31/07/2015 Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim

» [Direito de resistência e desobediência civil](#)

31/07/2015 Ana Maria Felix dos Santos

» [Os recursos no processo penal: o segundo tempo do jogo](#)

31/07/2015 Juliana de Cássia Bento Borba

» [Os tratados internacionais de direitos humanos e a internalização no ordenamento jurídico pátrio frente e a Emenda Constitucional Nº 45/04](#)

31/07/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Ponderações à Declaração dos Direitos Sexuais da Associação Mundial para a Saúde Sexual: Breve Painel ao alargamento dos Direitos Humanos](#)

31/07/2015 Francisco Renato Silva Collyer

» [Marx e a questão da lei como controle estatal: O Direito é uma estrutura ideológica a serviço das classes dominantes?](#)

ALGUMAS QUESTÕES DE JUSTIÇA

JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF: Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Livre-Docente da Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-doutoramentos na Universidade de Wisconsin, Estados Unidos da América, e na Universidade de Rouen, França. Professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Juiz de Direito aposentado. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados do Espírito Santo. Membro da Associação de Juristas pela Integração da América Latina. Membro da Associação "Juizes para a Democracia". Membro da Associação Internacional de Direito Penal (França). Autor de 39 livros e trabalhos publicados ou apresentados no Exterior, comunicações em congressos, palestras, intervenções em debates, trabalhos inseridos em obras coletivas, na França, nos Estados Unidos, no Canadá, no México, na Nicarágua, na Argentina.

Ministros dos altos tribunais, desembargadores federais ou estaduais, magistrados de cortes internacionais são, antes de tudo, juizes.

Há tanta grandeza na função, o ser humano é tão pequeno para ser juiz, é tão de empréstimo o eventual poder que alguém possui para julgar, que me parecem desnecessários tantos vocábulos para denominar a mesma função.

Talvez fosse bom que os titulares de altos postos da Justiça nunca se esquecessem de que são juizes, cômnicos da sacralidade da missão. O que os faz respeitáveis não são as reverências, excelências ou eminências, mas a retidão das decisões que profiram.

Já no início da carreira na magistratura, mostrei ter consciência de ser “de empréstimo” a função que me fora atribuída. Disse em São José do Calçado (ES), uma das primeiras comarcas onde atuei:

O colono de pés descalços, a mãe com o filho no colo, o operário, o preso, os que sofrem, os que querem alívio para suas dores,

os que têm fome e sede de Justiça – todos batem, com respeito sagrado, às portas do Fórum ou da residência do Juiz, confiando na sua ação, na sua autoridade, na sua ciência, na sua imparcialidade e firmeza moral. E deve o Juiz distribuir Justiça, bondade, orientação, confiança, fé, perdão, concórdia, amor.

Como pode o mortal, com todas as suas imperfeições, corporificar para tantos homens e mulheres a própria imagem eterna da Justiça, tornar-se aquele ente cujo nome de Batismo é colocado em segundo plano para ser, até mesmo para as crianças que gritam, carinhosamente, por sua pessoa, na rua o... Juiz?

Só em Deus se encontra a resposta porque, segundo a Escritura, Ele ordenou:

“Estabelecerás juízes e magistrados de todas as tuas portas para que julguem o povo com retidão de justiça”.

Outra questão. Tempo vai, tempo volta e, no horizonte dos debates volta-se a discutir a conveniência de alterar, por força de emenda constitucional, a idade da aposentadoria compulsória dos magistrados, de 70 para 75 anos.

Os interessados na aprovação da matéria são, de maneira especial, os magistrados que se encontram à beira da idade-limite.

O empenho de permanecer na função, no que se refere aos juízes, é tão veemente que o humor brasileiro criou uma palavra para a saída não voluntária – expulsória. Diz-se então assim: “Fulano não vai pedir aposentadoria de jeito nenhum. Só sai na expulsória”.

Sou absolutamente contrário à pretendida alteração constitucional. O aumento da idade da aposentadoria compulsória retira

oportunidades de trabalho para os jovens. Mais importante que manter os idosos, nos seus postos, é abrir possibilidades para os novos.

Terceiro ponto. Sou a favor do voto aberto e motivado na promoção dos juízes. O voto secreto, por mera simpatia ou antipatia, ou por critérios ainda mais censuráveis, deslustra a Justiça. Quem vota deve sempre declarar pública e limpamente o seu voto. O processo de democratização do país, a que estamos assistindo, com o debate público de todas as questões, não pode encontrar no aparato judicial uma força dissonante.

Em 30 de agosto de 2005, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), acolhendo pedido formulado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), aprovou resolução no sentido de que a promoção dos magistrados, por merecimento, obedeça, nos tribunais, ao princípio do voto aberto e motivado.

Rebelamo-nos contra as promoções arbitrárias, imotivadas, dentro da magistratura, já em 1979, na tese de Docência Livre que defendemos publicamente na Universidade Federal do Espírito Santo. Dissemos então:

As promoções, no quadro, deveriam ser precedidas de concurso público de títulos e de provas. Desses concursos deveria participar, com peso ponderável, a OAB, pelas mesmas razões que justificam a presença da classe dos advogados no processo de recrutamento de juízes.

Os concursos buscariam apurar a operosidade do juiz, sua residência na comarca, o cuidado de suas sentenças, sua dedicação aos estudos, seus escritos e publicações, cursos de aperfeiçoamento que tenha frequentado, seu comportamento moral, social e humano etc.

Última questão. Sou contra a realização de audiências criminais por vídeo-conferência. Não me parece de bom conselho que se privem os magistrados do contato direto com indiciados, acusados ou réus. Parece-me que a ausência desse contato desumaniza a Justiça. O acusado – seja culpado, seja inocente – não é objeto, é pessoa. Quantas vezes, na minha vida de juiz, a face do acusado revelou-me o imponderável, a lágrima que rolou espontânea indicou-me o caminho. Não se trata de desprezar os autos, mas de ir além dos autos. Da mesma forma que o juiz deve ver o acusado, o acusado tem direito de ver o juiz, de falar, de expor, de reclamar, de pedir. Quanto a ser ou não ser atendido, isto é outra coisa. Mas cassar do acusado o direito de comunicação direta, afastando-o do magistrado através de uma máquina impessoal, parece-me brutal.

DIREITO DE RESISTÊNCIA E DESOBEDEIÊNCIA CIVIL

LUCIANA CHIAVOLONI DE ANDRADE JARDIM: Mestre e doutoranda em Direito das Relações Sociais pela PUC de São Paulo, professora de direito civil e de direito ambiental, advogada. Autora do livro Resumo jurídico de direitos reais, volume 19. São Paulo: Quartier Latin, 2004 (a venda na internet)

RESUMO: A partir dos conceitos de liberdade, poder e do direito de resistência, a desobediência civil é analisada no contexto constitucional como direito fundamental para garantia da cidadania.

Palavras-chave: Liberdade. Poder. Resistência. Desobediência. Constitucional. Cidadania.

1. O SIGNIFICADO DE LIBERDADE

O que é liberdade? Direito fundamental garantido no caput do artigo 5º da Constituição Federal, a liberdade “se constitui num bem da existência humana”^[1], a qual todos os indivíduos buscam.

Documentos internacionais consagram a liberdade como o direito dos direitos, pois sem ela todos os outros direitos perderiam razão de ser.^[2]

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948,

estabelece em seu artigo 1º que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” e no seu artigo 3º que “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”

Nas várias concepções que se pode atribuir ao se tentar definir liberdade, parece claro que as diferenças existentes e inerentes à humanidade são fundamentais para que a liberdade exista.

A obra de ficção de Aldous Huxley, “Admirável Mundo Novo”, publicada em 1932, que narra um hipotético futuro em que pessoas são condicionadas biologicamente e psicologicamente para viverem em harmonia, guiadas por leis e regras sociais dentro de uma sociedade organizada por castas, é um exemplo de que a eliminação das diferenças entre os seres humanos traz apenas infelicidade, pois lhes retira a liberdade. Na obra citada, sempre que algum cidadão demonstrava qualquer dúvida ou insegurança lhe era administrada uma droga chamada “soma”, que o fazia voltar ao estado de apatia desejado.

O respeito às diferenças é fundamental para que se possa falar em liberdade e deve ser cultivado, sendo que mesmo na literatura infantil o tema vem sendo abordado. Exemplo disso é a obra intitulada “Na minha escola todo mundo é igual”, de Rossana Ramos, que versa sobre o assunto e o aborda de forma bem apropriada para a faixa etária a que é dirigida. Destacamos alguns trechos:

Lá na minha escola

Ninguém é diferente

Cada um tem o seu jeito

O que importa é ir pra frente[3]

Tem gente que não tem braço

E que só joga no gol

Tem outro que não escuta

Mas que dança rock-and-roll[4]

...

Na minha escola se aprende

Que não existe perfeição

E o que todos nós precisamos

É de carinho e atenção

Que bom se todo mundo

Pudesse entender direito

Que tudo fica mais fácil

Sem o tal do preconceito

Aqui vai um belo conselho

Que só leva um segundo:

Quem não respeita o outro

Não tem lugar neste mundo[5]

A liberdade está ligada a noção de fraternidade, na medida em que, nas palavras de José Horácio Meirelles Teixeira:

Liberdade é o direito de viver e de desenvolver e exprimir nossa personalidade de maneira a mais completa, conforme as leis da Natureza e da Razão e a essencial dignidade da pessoa humana, no que for compatível com igual direito dos nossos semelhantes e com as necessidades e interesses do Bem comum, mediante o adequado conjunto de permissões e de prestações positivas do Estado.[6]

2. LIBERDADE E PODER

Por qual motivo o homem se submete às leis?

A vida em sociedade impõe a existência de normas que regulem a convivência humana, normas que, muito embora, limitem as liberdades dos indivíduos, são necessárias para a estrutura básica do convívio social, a fim de que a ordem seja mantida.

Várias posições são sustentadas a fim de se justificar a obediência ao direito. O ser humano, por temor à insegurança, constituiu uma sociedade política em busca de proteção, e, em nome desta proteção, renunciou aos seus direitos e às suas liberdades em favor de um protetor, e por esta razão, obedece às normas geradas no seio desta organização política.[\[7\]](#)

Na visão de Thomas Hobbes, pela sua condição natural, os homens vivem uns contra os outros, numa guerra perpétua, e é pelo temor que se submetem a um poder soberano. É pelo temor que os homens reúnem-se em grupos, em sociedade, sob a égide do Leviatã (Estado). Não é por fraternidade, mas por interesse e necessidade. A sociedade política é decorrente da insegurança dos homens, que em busca de segurança e estabilidade, se submetem a um soberano, ainda que lhes custe renunciar a direitos e liberdades nocivos à paz.

Já para Locke, o homem é uma criatura de Deus e cada um deve respeitar a liberdade do outro. O Estado apenas deve declarar e garantir uma ordem jurídica que lhe é anterior.[\[8\]](#)

Hart concebe a obediência ao direito como uma questão moral. Ele entende que há duas formas mediante as quais uma conduta pode ser moralmente determinada. A primeira delas se dá através de obrigações. A segunda por meio de deveres.

As obrigações seriam as exigências morais de conduta que se originam de um ato voluntário, dirigidas à pessoas determinadas ou, pelo menos, determináveis e a cada obrigação corresponderia um direito.

Já os deveres não dependem da vontade do sujeito e podem ser vistos pelas exigências morais e jurídicas relacionadas com certas posições, cargos, ofícios, ou até mesmo papéis que a pessoa possa vir a desempenhar, como por exemplo, o papel de filho, o papel de cidadão; ou pelos "deveres de obediência", isto é, através de deveres que surgem de normas emanadas por autoridades competentes, derivando este dever do conteúdo da norma.[\[9\]](#)

Várias teorias foram elaboradas, sendo que algumas vêm a obediência ao direito como uma obrigação, ou seja, como um ato de vontade (Teoria Voluntarista); e outras entendem este fenômeno como um dever.

Segundo Maria Garcia “a liberdade é o contraponto do poder. São pólos que se confrontam, unidos pela mesma dinâmica e inconcebíveis, um sem a existência do outro, se correspondem e se exigem.”[\[10\]](#)

Mas o que é o Poder?

Nas palavras da ilustre Prof. Dra. Maria Helena Diniz, quem melhor definiu Poder foi Goffredo Telles Jr: “Poder é a força exercida pela idéia de bem a realizar capaz de impor atitudes e com isso assegurar a ordem no meio social”.[\[11\]](#)

O Poder cria a norma e cria a ordem. Ele também é o aplicador da norma e seu destinatário.

O Poder pode ser constituinte originário ou derivado. Pode ser Poder Legislativo, Executivo, Judiciário, coletivo e individual.

O Poder é legítimo quando atende ao interesse do povo, se houver a idéia de um bem a realizar e se houver forma institucionalizada de constituição conforme a lei.

Na lição da Prof. Maria Garcia:

Legitimidade e legalidade, todavia, parece constituírem um componente da *autoridade*, no sentido dado por Benedicto Ferri de Barros que não é 'senão a tradução, em termos operacionais, do conceito de poder legitimamente constituído e consentido (e o conceito de legitimidade não é senão a expressão de consensualidade quanto às regras de convivência social em situações de conflito).

Vale dizer: o Direito é que define o acordo comum quanto ao fato de que os conflitos se previnem, se dirime e se resolvem mediante o poder outorgado a uma autoridade – a qual (nunca é demais repetir) só é autoridade enquanto atua sob

o império da lei. Esta – também não é demais repetir – só é lei se exprime consenso’ [\[12\]](#)

Nem sempre a finalidade da norma é cumprida.

A Prof. Dra. Rosa Maria de Andrade Nery entende que há leis e decisões judiciais que não atendem à consciência ética de todos que se submetem ao poder de coerção de seu comando jurídico.

Segundo a autora, nestes casos, muitas vezes, identifica-se uma falsa justificativa moral como fundamentação estrutural da norma, e não é raro identificar um conjunto de “razões que presumidamente teriam esteio na fé que o povo devota a algo que lhe foi apresentado como transcendental.” [\[13\]](#)

Essa técnica não é casual, e sim resulta de estudos para “descobrir em que (ou em quem) o povo “quer” crer (por conveniência) [\[14\]](#)” e fazem o povo acreditar que certas soluções ou imposições decorrem de “verdades” em que se crêem, ou nas quais se devam crer.

Criam-se falsos “deuses”, manipulando-se a fé do povo, fazendo com que certos comportamentos que não deveriam, sejam aceitos, e que outros, que deveriam ser exigidos, não o sejam.

Para a Prof. Rosa Nery:

“Se a norma jurídica é fruto dessa motivação, ela descumpra sua finalidade, se afasta de seu

compromisso com a justiça social e passa a cancelar condutas que podem visar apenas gerar lucros empresariais; ditar comportamentos maléficos para a vida social e para a dignidade do homem; ditar soluções que minimizem direitos fundamentais; elaborar valores novos em substituição de outros que já se encontravam alicerçados no espírito da civilização. Ou ainda, se pôr a serviço de interesses contrários à segurança e à ordem da sociedade e à liberdade das pessoas. ... *A norma jurídica* passa a ter finalidades que não são, propriamente, aquelas para cuja vocação elas deveriam ter sido elaboradas.”

A ilustre autora exemplifica com a atual questão de culto ao corpo perfeito e belo. Segundo a jurista:

“Chega a se impor a todos como idolatria, ditando comportamentos sócio-econômico-familiares; reescala valores, taxando como “felizes” os magros e “infelizes” os gordos; prestigia o uso de determinados produtos e exorciza o uso de outros; incentiva condutas determinadas para um fim e recria outras. Produtos e serviços caem da

moda. Outros passam a ser de consumo obrigatório. Criam-se necessidades nunca dantes consideradas como tal. Em consequência disso, impõem-se como autorizados o uso de determinado medicamento, por exemplo, a partir de sua eficácia para produzir o emagrecimento, e o embelezamento rápido do corpo, sem se questionar sobre a ocorrência de certa consequências funestas para a saúde e equilíbrio do organismo humano. O certo e o errado passam a depender desse “falso deus” (a beleza), que tem mandamentos seus, que dita comportamentos.”

Para a autora Rosa Nery, essa idolatria que dita normas de conduta, de consumo e que cada vez mais aumenta o poder empresarial, “  uma consequência do sistema jurídico invadido pelas ‘técnicas’ apreendidas da pisteologia, que deforma a fé, transforma a economia, manipula a idolatria e provoca a prática de comportamentos que interessa a poucos.”[\[15\]](#) Pisteologia   o estudo da fé do povo.

E conclui a autora que a consequência disso   a falsa crença de agir com liberdade, de poder decidir o que pode pretender. A crença do povo manipulada implica na manipula o da escala de valores que inspira as normas jurídicas e “gravíssimas e deletérias as consequências dessa “op o jurídica”, feita pelo Poder.”[\[16\]](#)

3. O DIREITO DE RESISTÊNCIA

A Prof. Maria Garcia[17] com muita propriedade coloca essa questão: “podemos desobedecer?”

Citando o jurista Machado Paupério, a autora identifica, na recusa à obediência de uma lei ou ordem legal, três aspectos: a oposição às leis injustas, a resistência à opressão e a revolução.[18]

“Pela *oposição às leis injustas*, explica, concretiza-se a repulsa de um preceito determinado ou de um conjunto de prescrições em discordância com a lei moral - essa resistência é de iniciativa individual ou de um grupo limitado; pela *resistência à opressão*, concretiza-se a revolta contra a violação, pelos governantes, da idéia de direito de que procede o Poder cujas prerrogativas exercem; pela *revolução*, concretiza-se a vontade de estabelecer uma nova ordem, em face da falta de ressonância da ordem vigente na sociedade.

Na primeira hipótese, resume, está em jogo a relação entre duas regras; na resistência à opressão, é a atitude dos governantes por correlação com a idéia de direito que lhes legitima a autoridade e na última hipótese, a revolução, a oposição entre duas idéias de direito”.

Segundo Susana Falsoni[19], a doutrina dominante divide o direito à resistência em duas formas de exercício, quais sejam: revolução e desobediência civil. A revolução é exercida para a modificação, por meios alheios à Constituição e ao ordenamento jurídico, dos fundamentos do Direito e do Estado, ou a restauração da ordem constitucional, cabendo somente à coletividade, enquanto que a desobediência civil pode ser exercida pelo cidadão ou por um grupo de cidadãos, e não pela coletividade. Importante notar que a desobediência civil pode ocorrer tanto na forma passiva, pela inércia, quanto pela forma ativa, por fazer o que seria proibido.

Roberta Coelho informa que segundo Norberto Bobbio, a resistência abrange qualquer comportamento de ruptura contra a ordem constituída, que coloque em crise o sistema, como ocorre num tumulto, num motim, numa rebelião, numa insurreição, até a própria revolução. A autora informa ainda que para Meirelles Teixeira o direito de resistência é um direito de caráter e conteúdo jurídico, ético, moral, devendo, portanto, ser exercido no sentido do bem comum e da defesa dos direitos fundamentais do homem, dos seus direitos políticos e da dignidade da pessoa humana. Prossegue a autora que Canotilho coloca o direito de resistência entre os meios de defesa não-jurisdicionais, entendendo-o como *ultima ratio* do cidadão que se vê ofendido nos seus direitos, liberdades e garantias, seja por atos do poder público ou por atos de entidades privadas.[20]

O direito de resistência não tem sido acolhido pelos textos constitucionais contemporâneos, porém, a Prof. Maria Garcia[21] aponta dois textos constitucionais que vêm consagrar expressamente o direito de resistência. A Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, que estabelece entre os princípios constitucionais o direito de resistência no art. 20, a saber:

Art. 20

...

(3) O poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.

(4) Não havendo outra alternativa, todos os alemães têm o direito de resistir contra quem tentar subverter essa ordem.

O segundo texto constitucional é a Constituição portuguesa de 1982 que dispõe em seu artigo 21 que “Todos têm o direito de resistir à qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”.

Ao tratar da corrupção, a Prof. Maria Garcia explica que a corrupção é uma das causas justificadoras do direito de resistência. Ela afirma que “opressão e corrupção, o lado visível e o lado invisível da patologia do Estado”. [22]

4. A DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Como fica o cidadão, que segundo Hannah Arendt é titular do direito a ter direitos, quando a norma jurídica é fruto de um poder corrompido ou

de uma opção jurídica deturpada por falsos valores (conforme ensinamentos de Rosa Nery já abordados)?

Consta na doutrina que o primeiro a utilizar a expressão “desobediência civil” foi um cidadão norte-americano chamado Henry David Thoreau, que em 1846 foi preso porque se negou a pagar impostos a um governo que permitia a escravidão e protestava contra a guerra entre Estados Unidos e México.

Na sua obra *Desobediência Civil*, Henry Thoreau^[23] questiona o governo e o dever de obediência a ele. Ele diz:

“Aceito com entusiasmo o lema ‘O melhor governo é o que menos governa’; e gostaria que ele fosse aplicado mais rápida e sistematicamente. Levado às últimas consequências, este lema significa o seguinte, no que também creio: ‘O melhor governo é o que não governa de modo algum’; e, quando os homens estiverem preparados, será esse o tipo de governo que terão. O governo, no melhor dos casos, nada mais é do que um artifício conveniente; mas a maioria dos governos é por vezes uma inconveniência, e todo o governo algum dia acaba por ser inconveniente.”

Ele critica a inércia daqueles que acham que o governo representa a vontade da maioria.

“Toda a votação é um tipo de jogo, tal como damas ou gamão, com uma leve coloração moral, onde se brinca com o certo e o errado sobre questões

morais; e é claro que há apostas neste jogo. O caráter dos eleitores não entra nas avaliações. Proclamo o meu voto – talvez – de acordo com meu critério moral; mas não tenho um interesse vital de que o certo saia vitorioso. Estou disposto a deixar essa decisão para a maioria. O compromisso de votar, desta forma, nunca vai mais longe do que as conveniências. Nem mesmo o ato de votar *pelo que é certo* implica *fazer* algo pelo que é certo. É apenas uma forma de expressar publicamente o meu anêmico desejo de que o certo venha a prevalecer. Um homem sábio não deixará o que é certo nas mãos incertas do acaso e nem esperará que a sua vitória se dê através da força da maioria. Há escassa virtude nas ações de massa dos homens.”^[24]

Após expor sua revolta com a guerra travada pelos Estados Unidos contra o México e contar sua experiência ao ser preso, ele conclui:

“Será que a democracia tal como a conhecemos é o último aperfeiçoamento possível em termos de construir governos? Não será possível dar um passo a mais no sentido de reconhecer e organizar os direitos do homem? Nunca haverá um Estado realmente livre e esclarecido até que ele venha a reconhecer no indivíduo um poder maior e independente – do qual a organização política deriva o seu próprio poder e a sua própria autoridade – e até

que o indivíduo venha a receber um tratamento correspondente.”[25]

Para Friedrich Müller[26], o que legitima uma democracia são as liberdades civis, juntamente com os direitos humanos enquanto realizados. Segundo Müller:

A função do “povo”, que um Estado invoca, consiste sempre em legitimá-lo. A democracia é dispositivo de normas especialmente exigente, que diz respeito a todas as pessoas no seu âmbito de “demos” de categorias distintas (enquanto povo ativo, povo como instância de atribuição ou ainda povo-destinatário) e graus distintos. A distinção entre direitos de cidadania e direitos humanos não é apenas diferencial; ela é relevante com vistas ao sistema.

Hannah Arendt também dedicou um estudo à desobediência civil. Maria Garcia[27] explica que para Arendt a desobediência civil sempre será praticada por um certo número de pessoas com identidade de interesses e que para se configurar há características próprias a observar.

A primeira é que a desobediência civil pode servir tanto para mudanças necessárias e desejadas como para a preservação ou restauração do estado anterior, ou seja, preservação de direitos fundamentais ou restauração e harmonia dos poderes governamentais. Mas não se pode comparar a desobediência civil com a desobediência criminosa.

A segunda característica é a não violência na desobediência civil, o que a diferencia da revolução. Assim, a desobediência civil é tida como elemento de mudança, tão necessária quanto a estabilidade.

Maria Garcia[28] apresenta o conceito de desobediência civil segundo Celso Lafer. Para o autor desobediência civil é “a ação que objetiva a inovação e a mudança da norma por meio da publicidade do ato de transgressão, visando demonstrar a injustiça dele”. Ele atribui essa atitude a um dever ético do cidadão. Ele exemplifica com o direito de greve.

Ainda segundo Maria Garcia, para Norberto Bobbio, a desobediência civil é uma forma particular de desobediência, já que tem como fim imediato mostrar publicamente a injustiça de uma lei, mas como fim mediato induzir o legislador a mudá-la. Seria, pois, um ato inovador e não destruidor. De acordo com Bobbio duas hipóteses autorizam a desobediência civil, a lei injusta e a lei ilegítima, isto é, emanada de quem não tem competência legislativa. Já a lei inválida, ou inconstitucional, não enseja a obrigação de desobediência.[29]

A ilustre jurista Maria Helena Diniz[30], segundo Maria Garcia, entende que o direito de resistência e a desobediência civil são formas diversificadas de manifestação contra o abuso de poder que exerce opressão. A resistência é legítima desde que a ordem que o poder pretende impor seja falsa, separada da ideia de direito imperante na sociedade.

Maria Helena Diniz reconhece que na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso II, existe uma garantia implícita de resistência à ilegalidade, na medida em que “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”[31]

Também no art. 5º, §2º, da Constituição Federal, não estão esgotados os direitos e garantias, sendo aceitos “outros implícitos e necessários para a defesa do cidadão contra a opressão”, mas entende a autora que a norma constitucional pátria não reconhece expressamente o direito de resistência, ante o disposto no art. 5º, XVI, que trata do direito de reunir-se pacificamente.

Maria Garcia ensina:

“Conforme vimos afirmando, entretanto, destaca-se como intuito do presente estudo a demonstração de que a desobediência civil – espécie distinta da resistência à opressão – não se dirige ao direito de revolução, nem ao direito de objeção de consciência, ou se constitui em dever moral; não objetiva a destruição da lei ou da ordem, da autoridade ou do respeito às regras erigidas em normas de coexistência social: é um direito de garantia do exercício da cidadania, a qual outorga ao cidadão o poder de fazer a lei e de descumprir a lei, quando em desacordo com a ordem constitucional, e aquela consubstanciada nos direitos e garantias expressos na Constituição”.[\[32\]](#)

Assim conceitua Maria Garcia:

“A desobediência civil pode-se conceituar, portanto, como a forma particular de resistência ou contraposição, ativa ou passiva do cidadão, à lei ou ato de autoridade, quando ofensivos à ordem

constitucional ou aos direitos e garantias fundamentais, objetivando a proteção das prerrogativas inerentes à cidadania, pela sua revogação ou anulação.”[33]

A autora entende que a desobediência civil é um direito fundamental de garantia, contido no artigo 5º, §2º, da CF e decorre do direito constitucional à liberdade, destinando-se à proteção da cidadania.

5. CONCLUSÃO

Sendo reconhecida a desobediência civil como um direito fundamental que visa proteger a cidadania, questiona-se se poderá o cidadão ou um grupo de cidadãos, pleitear aos Poderes Públicos (Executivo, Legislativo ou Judiciário), declarando-se em desobediência civil, com base no princípio da cidadania (art. 1º, II e art. 5º, §2º e XXXIV, *a*, da CF).? A Profa. Maria Garcia entende que sim. Esta petição ao Poder Público pode demandar a sua exclusão aos efeitos de uma lei ou ato de autoridade, ou a sua revogação ou alteração, tendo em vista o conflito com a ordem constitucional ou certo direito ou garantia fundamental.

A partir daí, se o pedido do cidadão não for acatado, ele não deverá sofrer sanção, pois ele não foi um mero descumpridor da lei. Deverá haver retorno ao *status quo ante*, para que o cidadão possa cumprir a lei.

Se o pedido do cidadão sequer for apreciado, por não reconhecer o Poder Público a desobediência civil, a solução será impetrar Mandado de Segurança para assegurar o direito líquido e certo do cidadão de ver seu pleito apreciado[34].

Assim, face a todo o exposto, concordamos com os argumentos dos ilustres doutrinadores analisados e vislumbramos a possibilidade de desobediência civil, como exercício de cidadania, com amparo, ainda que implícito, nos ditames constitucionais, desde que nos limites apontados, vez que a desobediência civil não pode ser confundida com anarquia, revolução ou qualquer forma de atitude criminosa.

BIBLIOGRAFIA:

COELHO, Roberta Werlang. *Direito de resistência e desobediência civil: causas supralegais de exclusão da infração penal*. Disponível em:

http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccl/trabalhos2007_2/Roberta_Werlang.pdf

Acesso em: 09 de fevereiro de 2012

FALSONI, Susana Ferreira. *Obediência ao direito e direito de resistência: algumas bases filosóficas para reflexão sobre a chamada "Lei seca"*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 24 de julho de 2008.

Acesso em: 10 de fevereiro de 2012

GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. 6ª ed..São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 67

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997

RAMOS, Rossana. *Na minha escola todo mundo é igual*. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2008

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Disponível em: www.livrosgratis.net. Acesso em: 09.02.2012

NOTAS:

[1] GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.16

[2] Idem, p.16

[3] RAMOS, Rossana. *Na minha escola todo mundo é igual*. São Paulo: Cortez, 2008, p. 4

[4] Idem, p.6

[5] RAMOS, Rossana. Op. cit. p. 17-18

[6] MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991, p. 672 apud

GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.65

[7] FALSONI, Susana Ferreira. *Obediência ao direito e direito de resistência: algumas bases filosóficas para reflexão sobre a chamada “Lei seca”*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 24 de julho de 2008. Acesso em 10 de fevereiro de 2012.

[8] GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*., p. 42

[9] FALSONI, Susana Ferreira. *Op. cit.*

[10] GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*., p. 51

[11] Aula proferida pela Prof. Maria Helena Diniz no curso de Doutorado da PUC-SP em 06.02.2012.

[12] *Idem*. p.92

[13] NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 43.

[14] *Idem*, p.43

[15] NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. p.45

[16] *Idem*, p.45

[17] GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*., p. 152

[18] Idem, p.157

[19] FALSONI, Susana Ferreira. *Obediência ao direito e direito de resistência: algumas bases filosóficas para reflexão sobre a chamada “Lei seca”*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 24 de julho de 2008. Acesso em 10 de fevereiro de 2012

[20] COELHO, Roberta Werlang. Direito de resistência e desobediência civil: causas supralegais de exclusão da infração penal. http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2007_2/RobertaWerlang.pdf. Acesso em: 09.02.2012

[21] GARCIA, Maria. Desobediência civil: direito fundamental., p. 171-172

[22] Idem, p. 174

[23] THOREAU, Henry David. A desobediência civil. Arquivo baixado em <http://www.elivros-gratis.net/livros-download-gratis-pg-6.asp>. Acesso em 09.04.20124, p.1

[24] THOREAU, Henry David. A desobediência civil. Arquivo baixado em <http://www.elivros-gratis.net/livros-download-gratis-pg-6.asp>. Acesso em 09.04.20124, p.4

[25] Idem, p.16

[26] MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia. 6ª ed..São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 67

[27] GARCIA, Maria. Desobediência civil: direito fundamental., p. 269-270

[28] GARCIA, Maria. Desobediência civil: direito fundamental., p. 274

[29] Idem, p. 276

[30] DINIZ, Maria Helena. A norma constitucional e seus efeitos. São Paulo: Saraiva, 1989, p.87 e ss apud GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.290

[31] Idem, p.290

[32] GARCIA, Maria. Desobediência civil: direito fundamental., p. 291

[33] Idem, p. 293

[34] Idem, p. 302

OS RECURSOS NO PROCESSO PENAL: O SEGUNDO TEMPO DO JOGO

ANA MARIA FELIX DOS SANTOS:
Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências
Humanas e Sociais- AGES.

RESUMO: Este sintético trabalho tem por desiderato adentrar na seara dos Recursos no Processo Penal, principalmente, o recurso de Apelação. Para realização desse intento, parte-se a princípio de uma análise da Teoria Geral dos recursos. Ademais, buscar-se-á os fundamentos jurídicos do princípio do duplo grau de jurisdição, sua previsão na Constituição Federal de 1988, a previsão no Código de Processo Penal. Ainda nesta esteira, serão analisados os pressupostos de admissibilidade recursais, os princípios recursais e sua aplicabilidade num contexto atual. E por fim, tentaremos construir um elo entre as obras das disciplinas cursadas no semestre, tais como, Processo Penal III, Processo Civil IV, Direito Eleitoral, entre outras.

PALAVRAS CHAVES: Recursos, Princípios, Teoria Geral dos Recursos e Apelação.

1 INTRODUÇÃO

É indubitável que os recursos têm um papel de grande relevância no Sistema Processual brasileiro, principalmente, no Processo Penal. Imaginar uma sentença ou decisão sem a possibilidade de reexame seria retornarmos aos tempos primitivos, onde a decisão era soberana e a injustiça se fazia presente.

Como descreve Alexandre Morais da Rosa, em sua obra, Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos, os recursos

representam o segundo tempo do jogo processual. Relata ainda o autor que, ao final da partida é proferida uma decisão (condenatória, extintiva ou absolutória). Dessa decisão, de regra, cabe recurso voluntário ao órgão com competência de segundo grau, em atenção ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição. (p. 213)

Num contexto atual, o recurso deve ser visto como Direito Fundamental de continuar no mesmo processo, em busca de justiça, ou melhor, na busca de um reexame mais favorável daquele que não teve um bom resultado no primeiro tempo, ou melhor, em primeira instância.

Vale aqui lembrar os ensinamentos do professor Piero Calamandrei, o desesperado esforço de quem busca a justiça nunca é infrutífero, ainda que sua sede permaneça insatisfeita: Bem aventurados os que têm fome e sede de justiça. (p. 09)

Como é cediço, o ser humano trás consigo o sentimento da insatisfação, ou seja, numa primeira decisão, dificilmente, o sucumbente se conforma com a derrota. Destarte, ele tem o Direito de tentar reverter àquela situação desfavorável.

Noutra esteira, o juiz como todo ser humano está exposto a cometer equívocos, uma vez que, o erro é algo inerente raça humana.

Embora o juiz possa conceder uma sentença bem fundamentada, isso não quer dizer que essa sentença seja justa. E mais uma vez invocamos os ensinamentos de Calamandrei, nem sempre sentença bem fundamentada quer dizer sentença justa, e vice-versa. (p. 180)

Portanto, os recursos se fazem necessários para segurança do Sistema Processual brasileiro e para o fortalecimento da credibilidade dos julgamentos.

O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto. Haja vista a complexidade e o volume de informações que se pode extrair desse instituto. Sendo assim, faremos uma análise sobre a Teoria Geral dos Recursos, conceito, natureza jurídica, fundamentos e o duplo grau de jurisdição.

Ademais, ainda se faz mister analisar os pressupostos de admissibilidades objetivos e subjetivos dos recursos, assim como, os princípios e o recurso de Apelação.

Por outro lado, será analisada a doutrina para saber o que os autores vêm pensando sobre esse instituto, principalmente, no que tange ao uso de má fé por parte de alguns advogados, que utilizam dos recursos como meio protelatório, ou seja, para retardar a eficácia da sentença. E iniciamos os nossos estudos perpassando pela Teoria Geral dos Recursos, que nos possibilitará compreender o que é necessário para que um recurso seja aceito.

2TEORIA GERAL DOS RECURSOS

2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DOS RECURSOS

De forma simplória, poderíamos conceituar os recursos como um instrumento ou meio de impugnação de uma decisão, tendo como desiderato a sua anulação ou reforma da mesma. Contudo, é possível recurso que não tenha a finalidade de anular ou reformar uma decisão, mas, apenas esclarecer pontos obscuros, como por exemplo, os Embargos de Declaração.

Relata o professor Nestor Távora que, o recurso é um meio voluntário destinado à impugnação das decisões, afigurando-se como

remédio de combate a determinado provimento, dentro da mesma relação jurídica processual, propiciando sua ré-análise. (p. 867)

Noutra esteira, vale ainda ressaltar que a origem etimológica da palavra recurso deriva do latim *Recursus*, que significa volta, retrocesso, caminho para voltar.

Do conceito de Recurso, o professor Nestor Távora extrai os seguintes aspectos:

1 – O recurso como providência voluntária, razão pela qual não tem natureza recursal as hipóteses de reexame necessário de determinadas decisões pelo tribunal. Exegese do art. 574, do Código de Processo Penal;

2 – O recurso é admitido dentro da mesma relação jurídica processual, o que retira da condição de recurso as ações autônomas de impugnação, como o Habeas Corpus, o Mandado de Segurança e a Revisão Criminal;

3 – O recurso é aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de defesa, sendo um desdobramento ou continuidade da relação iniciada em primeiro grau, revelando sua natureza; e

4 – A finalidade recursal é a invalidação, a integração, o esclarecimento ou a reforma da decisão impugnada, sendo o recurso providência de índole potestativa.

Neste diapasão, reforçar-se a importância dos recursos para a credibilidade do nosso sistema processual como todo, principalmente, no processual penal. Uma vez que, aquele que estiver inconformado com a primeira decisão tem a possibilidade de recorrer, ou melhor, de voltar e

tentar reverter a decisão em outra instância. É o que chamamos de Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Embora o legislador constituinte originário de 1988 não tenha reconhecido esse princípio de forma expressa, mesmo assim, é possível de forma implícita encontrar vestígios desse princípio na Constituição Federal/88. Como pontifica Ada Pellegrini, o princípio do duplo grau de jurisdição não é garantido constitucionalmente de modo expreso, entre nós, desde à República; mas a própria Constituição incumbe-se de atribuir a competência recursal a vários órgãos da jurisdição (art. 102, II; art. 105, II; ART. 108, II, DA CR/88. (p. 84)

No que tange a natureza jurídica dos recursos no Processo Penal, o professor Nestor Távora preleciona que, a corrente majoritária, entende a natureza jurídica do recurso como um desdobramento do Direito de Ação ou de defesa. (p. 668)

Neste diapasão, o recurso seria a continuidade da relação jurídica processual que permanece pelo inconformismo de uma das partes.

2.2 PRINCÍPIOS RECURSAIS NO PROCESSO PENAL

Os princípios devem ser entendidos como normas que facilitam a interpretação e aplicação do Direito. Numa linguagem simplória poderíamos reforçar dizendo que, os princípios são sustentáculos do nosso ordenamento jurídico, servindo de norte para aplicação do Direito no caso concreto.

O professor Humberto Ávila citado Karl Larenz, define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para

interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. (2003, p. 27)

Já para Robert Alexy, os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas fáticas. (apud, Humberto Ávila, p. 28)

No que tange aos princípios recursais no processo penal, passaremos ao estudo dos mais importantes.

1 – Princípio da voluntariedade – Significa dizer que a parte sucumbente não é obrigada a recorrer, ou seja, derrotada num primeiro momento, pode dispor do seu Direito de reexame. Inteligência do art. 574, do Código de Processo Penal. Afinal de contas, como descreve Nestor Távora, o recurso é um ato processual decorrente da manifestação de vontade da parte que queira ver reformada ou anulada uma decisão. (p. 871)

2 – Princípio da taxatividade – Significa dizer que, só é recurso o meio impugnativo previsto em lei federal. O professor Barbosa Moreira preleciona que, a lei trata de circunscrever o número de recursos utilizáveis, subordinando-os, ademais, a determinados requisitos de admissibilidade. (p. 114)

3 – Princípios da unirecorribilidade (também conhecido como princípio da singularidade ou princípio da unicidade) – Significa dizer que, contra decisão judicial só é cabível atacar com um recurso. Cada espécie de decisão judicial, em regra, comporta um único recurso, sendo ônus da parte escolher o recurso adequado para que haja seu reexame. (TÁVORA, p. 874)

Entretanto, o princípio da unirrecorribilidade ou unicidade comporta exceções, como por exemplo, quando a decisão ofender de forma simultânea a Constituição Federal e a Legislação infraconstitucional, posso manejar, simultaneamente, Recurso Especial ao STJ e Recurso Extraordinário ao STF.

4 – Princípio da fungibilidade recursal – significa dizer que, uma vez ocorrendo ataque com o recurso errado, o juiz poderá aceitar esse recurso. Tendo como base o princípio da fungibilidade. Mas, a regra não é essa. O princípio da fungibilidade para ser aceito deve preencher alguns critérios: a) Tem que ter uma dúvida objetiva – quando houver divergência entre doutrina e jurisprudência. Ex: O TJ do Rio aceita como agravo; o TJ da Bahia aceita como apelação; b) Inexistência de erro grosseiro – ex: teria que entrar com uma apelação, mas acabei entrando com RESE. É o que a doutrina chama de erro crasso; c) Tempestividade – Se você atacou a decisão com o recurso de apelação e o juiz entende que cabe agravo. Se estiver dentro do prazo do recurso de agravo, que corresponde a dez dias, o juiz aceitará o recurso.

5 - Princípio da vedação da reformatio in pejus – Quando só o réu recorre da decisão podem ocorrer as seguintes hipóteses: 1º O Tribunal pode dar provimento a apelação e melhorar a situação do réu; 2º pode negar o provimento e deixar as coisas como estão, ou seja, manter a decisão de primeiro grau. O Tribunal não pode piorar a situação do réu. Como pontifica Nestor Távora, proibição de mudança para pior situação jurídica do recorrente, em virtude de situação superveniente que reforme o julgado recorrido. (p. 876)

Todavia, quando recorrer o réu e a acusação terá as seguintes possibilidades: 1º o Tribunal pode manter a decisão; 2º o Tribunal pode melhorar a situação do réu; 3º o Tribunal pode ainda dar provimento a apelação da acusação e piorar a situação do réu.

Quando só a acusação recorrer da decisão de primeiro grau terá as seguintes possibilidades: 1º o Tribunal pode negar provimento e manter a sentença; 2º o Tribunal pode dar provimento e piorar à situação do réu; 3º o Tribunal pode dar provimento a apelação e melhorar a situação do réu.

6 – Princípio da conversão –se a parte interpuser um recurso para órgão jurisdicional incompetente para conhecê-lo, este deverá remeter o processo ao que detenha competência recursal. (TÁVORA, p. 878)

7 – Princípio da dialeticidade dos recursos –como preleciona o professor Távora, o recorrente deve expor os fundamentos de sua irrisignação, evidenciando os motivos pelos quais pretende ver reexaminada a decisão, viabilizando o contraditório recursal (razões e contra-razões). (p. 880)

Nota-se que a intenção do legislador mais uma vez é proteger o réu e, conseqüentemente, o direito à sua liberdade.

2.3 PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

O Juízo de admissibilidade deve ser entendido como uma análise prévia dos requisitos e condições necessárias para que, posteriormente, o mérito seja analisado. Como pontifica Barbosa Moreira, o juízo de admissibilidade é, sempre e necessariamente, preliminar ao juízo de mérito. (p. 116)

Os pressupostos de admissibilidade recursal podem ser classificados como: pressupostos objetivos e pressupostos subjetivos.

2.3.1 PRESSUPOSTOS OBJETIVOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

1 – Previsão Legal ou Cabimento – É o pressuposto que indica que para recorrer se faz necessária a previsão legal do recurso, ou seja, deve existir lei possibilitando o ataque a decisão do juiz por um determinado recurso. Como descreve Nestor Távora, o Cabimento é um pressuposto atrelado á característica dos recursos conhecida como taxatividade. É necessária a autorização pelas leis de processo para se ter como cabível algum recurso. (p. 884)

2 - Observância das formalidades legais –Relata o professor Nestor que, é o segundo pressuposto processual, que deve ser compreendido através da regularidade formal da interposição (sem rigorismos formais excessivos, em compasso com a ideia de instrumentalidade das normas) e pela correta formulação do pedido recursal. (p. 885)

3 – Adequação – No pressuposto objetivo de adequação, será necessário correlação entre o recurso interposto e a decisão a ser atacada.

4 – Tempestividade – Os recursos devem ser interpostos dentro do prazo legal. Sob pena de preclusão. Contudo, pode ocorrer que esse atraso se der em razão de falha no funcionamento dos cartórios. Destarte, o recurso deve ser recebido ainda que tenha ultrapassado o prazo legal, inteligência do art. 575 do Código de Processo Penal.

5 – Inexistência de fato impeditivo –vale ressaltar que antes da lei 11 719/2008, consideravam-se fatos impeditivos a renúncia e o não recolhimento à prisão, exegese do art. 594 do CPP. Como o advento da lei

supracitada e, conseqüentemente, a revogaçãõ do art. 594 do CPP, restou a renúncia como fato impeditivo.

6 – Motivaçãõ - Para reforçar a vontade de reformar a decisãõ se faz necessária a fundamentaçãõ e, as razões pela quais justifiquem tal objetivo.

2.3.2 PRESSUPOSTOS SUBJETIVOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

1 - Interesse recursal – Está intimamente relacionado com o prejuízo ocasionado pela sucumbência, haja vista que em razão do inconformismo, surge a pretensão de reforma da decisãõ judicial. Como descreve o professor Tourinho Filho, a parte não pode recorrer se não houver interesse na reforma. Assim, da sucumbência exsurge o interesse na modificaçãõ do ato jurisdicional. (p. 334)

2 – Legitimidade para recorrer –podem recorrer aqueles apresentados no rol do art. 577 do Código de Processo Penal. Contudo, é possível o recurso manejado pelo assistente de acusaçãõ, como por exemplo, quando se tratar de recurso voltado para atacar sentença absolutória, de impronúncia e extintiva da punibilidade do acusado.

Vale ainda ressaltar que o Ministério Público não tem legitimidade para recorrer em açãõ penal exclusiva privada, quando a sentença for absolutória.

O réu e o seu defensor podem recorrer de modo independente. Ademais, o defensor dativo também tem legitimidade para recorrer, ainda que não tenha a anuência do réu.

Outro legitimado é o assistente de acusaçãõ, inteligência dos art. 584 §1º e 598 do CPP. Contudo, seu recurso tem caráter suplementar, ou

seja, só pode ser admitido se o Ministério Público não recorrer, ou numa outra linha, se o ministério Público recorrer somente de parte da sentença. Nesta ultima hipótese, o assistente poderá recorrer da parte que não foi atacada pelo MP.

3 RECURSOS EM ESPÉCIE

3.1 – APELAÇÃO

Por questões didáticas e pelo volume de informações que abrangem os recursos, faremos uma análise superficial da maioria dos recursos. Se limitando ao tipo de recurso e a sua previsão legal. Com exceção ao recurso de Apelação que teremos um cuidado maior.

Os principais recursos são: o Recurso em Sentido Estrito que está previsto no art. 581, do CPP. O prazo para sua interposição é de 5 dias; a Carta Testemunhável que está prevista no art. 639, do CPP. O prazo é de 48 horas; os Embargos de Declaração previstos no art. 382 e 619, do CPP. O prazo de interposição é de 2 dias; os Embargos Infringentes e de Nulidade previstos no art. 609, parágrafo único, do CPP. O prazo para oposição é de 10 dias; e temos ainda o Recurso Especial no art. 105 da CR/88 e o Recurso Extraordinário no art. 102, da CR/88. Ambos no prazo de 15 dias.

No que diz respeito ao recurso de Apelação, o professor Tourinho Filho descreve que, a palavra apelação deriva do latim appellatio, que significa ação de dirigir a palavra.

A Apelação é o recurso interposto para atacar sentenças definitivas de condenação ou absolvição e das decisões definitivas, quando não houver a possibilidade de recurso em sentido estrito.

O renomado autor supracitado preleciona que no império Romano, surgiu a *appellatio*, um remédio que permitia aos litigantes sucumbentes dirigir-se ao juiz superior visando à reforma da decisão proferida pelo inferior. Destarte, percebem-se os primeiros vestígios do recurso de Apelação.

Esse recurso deve ser endereçado ao juízo ad quem, que é sempre o Tribunal. E o prazo legal para interposição é de 5 dias. A parte também pode interpor, simultaneamente, o recurso de apelo e apresentar as razões.

No que tange as decisões passíveis de ataque por recurso de Apelação, temos as seguintes decisões: 1) definitivas de absolvição ou condenação, proferidas por juiz singular; 2) do Tribunal do júri, quando satisfeitos os pressupostos elencados no art. 593, III, a, b, c ou d, do Código de Processo Penal; 3) as definitivas, se para mesmas não foi previsto recurso no sentido estrito; 4) as que tenham força de definitivas, ou interlocutórias mistas, se por ventura, não couber o recurso em sentido estrito.

Como já demonstrado, o prazo para interposição da Apelação é de 5 dias e para a apresentação das razões é 8 dias. No que se refere a lei nº 9099/95, o prazo é 10 dias, tendo as razões já inclusas.

Por fim, da decisão que denegar o recurso de Apelação caberá Recurso em Sentido Estrito. E se o juiz receber e obstar-lhe o seguimento, o ataque será feito por Carta Testemunhável, exegese do art. 639, II, do CPP.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi exposto, não restam dúvidas da importância dos recursos dentro do sistema processual, principalmente, no processo penal.

Haja vista tratar-se de um direito fundamental de Ação e de defesa de provocar o reexame de uma decisão que, a princípio, foi desfavorável.

Como é cediço, é da natureza humana a insatisfação. Ademais, o próprio ser humano é um ser errante também por natureza. Por isso, se faz necessário o reexame da decisão que gerou descontentamento da parte.

Noutra esteira, se faz mister destacar que o recurso visa ainda proteger um dos maiores bens tutelados no Direito, que é a liberdade.

O que não deve ser aceito em hipóteses alguma é o uso desse instrumento como forma de subterfúgio para inviabilizar a aplicação do Direito. Ou seja, os recursos que visam procrastinar o andamento dos trabalhos no judiciário, devem ser combatidos com veemência.

Recordo-me das críticas dirigidas pelo professor Marcelo Cunha Araujo, que citando Joaquim Barbosa, retrata as mazelas do nosso sistema processual penal. “Se formos aguardar o julgamento de Recursos Especiais e Recursos Extraordinários, o processo jamais chegará ao fim, afirmou”. O Ministro observou ainda que no processo penal brasileiro o réu dispõe de infinidade de recursos de impugnação que não existe no processo civil, assim como, em qualquer outro lugar do mundo. A título de exemplo, Barbosa trouxe um caso onde foram julgados 62 recursos no STF, dezenas de sua relatoria, outros da relatoria do ministro Eros Grau e do ministro Carlos Brito.

Trocando em miúdos, o autor descreve que se alguém matar ou estuprar ou roubar alguém de sua família, ou desviar recursos públicos de sua cidade, caso não seja preso em flagrante, e ainda que confesse o crime, em regra apenas será preso depois de sua condenação ser confirmada pela quarta instância, na melhor das hipóteses dez anos

depois, até porque na quarta instância (STF) só existem 11 juízes para todo o Brasil, e mesmo assim será preso apenas se o crime não houver prescrito pelo tempo decorrido entre a condenação da primeira instância e a (distante) data do trânsito em julgado daquela condenação. (p. 20)

Neste diapasão, percebe-se que as Leis, em algumas situações, tendem a favorecer os mais privilegiados, que dispõem de recursos financeiros para contratar bons advogados e, conseqüentemente, tornar lento o andamento do processo. Como pontifica Emmanuel Joseph Sieyès, as leis, que, pelo menos, deveriam estar livres de parcialidade, também se mostram cúmplice dos privilegiados. (P. 37)

Portanto, embora os recursos sejam de grande relevância para consagração do direito fundamental de defesa, por outro lado, os recursos devem ser visto se utilizados com cautela, uma vez que esse instrumento não pode servir de ferramenta para os maus profissionais do direito que, usando de má fé, buscam retardar o andamento do processo e retirar a credibilidade do nosso sistema processual.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Cunha. **Só é preso quem quer!** : impunidade e ineficiência do sistema criminal brasileiro. – Rio de Janeiro: Brasport, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, visto por um advogado.** São Paulo: Martins Fontes, 1995.

FILHO, Tourinho. **Processo Penal.** – Ed. 30º - São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. – Ed. 28ª - São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. Rio de Janeiro, 2009.

ROSA, Alexandre de Moraes. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. Qu'est-ce que le Tiers État? 4ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. – Ed. 6ª - Salvador-Ba: JusPODIVM, 2011.

OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A INTERNALIZA O NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO FRENTE E A EMENDA CONSTITUCIONAL N  45/04

JULIANA DE CÁSSIA BENTO BORBA:
Advogada Previdenciária, Pós-Graduada em Direito Processual pela PUC MINAS, Pós-Graduada em Direito Administrativo pela PUC MINAS, Mestranda em Direito Previdenciário pela PUC SP

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo o estudo do posicionamento do STF quanto a internaliza o dos tratados internacionais de Direitos Humanos, promovendo crítica quanto a tese da supralegalidade.

Palavras chave: Tratados, Direitos Humanos, Supralegalidade.

SUMARIO: 1. Introdu o, 2. Direitos Humanos – Conceito, 2.2. Breve Histórico, 3. Tratados Internacionais, 3.1. Tratados Internacionais Humanos e Soberania, 3.2. Internaliza o dos Tratados Internacionais, 3.3. Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, 4. Do Posicionamento do STF, 5. Críticas a Tese da Supralegalidade, 6. Considera es Finais.

1. INTRODU O

A dignidade da pessoa humana e os Tratados Internacionais que cuidam da promo o dos Direitos do Homem, não são temas recentes da comunidade internacional, ganhando ênfase na pós modernidade em razão das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial.

A grande Guerra foi sem dúvida um marco histórico, reordenação das políticas internacionais e do próprio direito dos diversos Estados no sentido de proteção da dignidade da pessoa humana.

Não que antes não houvesse discussões quanto ao tema, pelo contrário, mas foi no século passado que discussão que ganhou conotação universal.

A necessidade de efetivação de proteção aos direitos do homem superou a mera previsão legislativa demonstrando a necessidade de mobilização da comunidade internacional na adoção de mecanismos e tratados para a promoção da evolução do homem no âmbito social e econômico, no intuito ainda de impedir violações aos direitos fundamentais.

Os Pactos Internacionais tem a finalidade precípua de estabelecer as condições sociais, econômicas e culturais para a existência digna dos homens, para isso percebe-se a mobilização da comunidade internacional na proteção dos direitos humanos.

Portanto, para entendermos a evolução dos direitos humanos devemos diferenciá-los dos direitos fundamentais, bem como posicioná-los no tempo.

Assim, devemos verificar além da evolução dos Direitos Humanos, o posicionamento principalmente do Brasil quanto sua atuação junto à comunidade internacional, viabilizando a efetivação dos direitos humanos. O que poderá ser verificado principalmente através do posicionamento do STF quanto à recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

2. DIREITOS HUMANOS - CONCEITO

Por direitos humanos entendemos um conjunto de faculdades e instituições que em determinado momento histórico, concretiza as exigências da dignidade, a liberdade e igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.

O jurista Celso de Albuquerque Mello refere-se aos direitos humanos dizendo que, são direitos concebidos de forma a incluir aquelas reivindicações morais e políticas que no consenso contemporâneo, todo ser humano tem o dever de ter perante sua sociedade ou governo.

Os direitos humanos distinguem-se dos concretos. O direito positivo é de competência do Estado, que busca igualar fracos e fortes, garantindo-lhes salário digno, moradia, educação, assistência à saúde, etc. Por outro lado os direitos humanos existem numa área livre da intervenção estatal.

Existe um grande número de espécies de direitos humanos e a cada ano vão surgindo novos grupos. Há também diferentes classificações. Uma das classificações é feita sob o ponto de vista histórico de seu surgimento, considerando quatro gerações de direitos, a saber: direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações. Entretanto, tem havido críticas à expressão “geração de direitos”.

Parte da doutrina jurídica entende que melhor seria utilizar a expressão “dimensão”.

Assim, podemos afirmar a progressividade de novos direitos fundamentais que tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, evolução na proteção humana.

2.1.DOS DIREITOS HUMANOS – BREVE HISTÓRICO

A preocupação da sociedade com a dignidade da pessoa humana, quanto à valorização da vida, pode ser observada ao longo dos séculos. Com o passar dos tempos tal preocupação e o aprimoramento do conceito dos direitos humanos foi acentuado.

O surgimento dos direitos da pessoa humana deu-se com a própria origem do homem.

Desenvolveram-se pelos séculos, entre todos os povos, e tiveram como fator gerador as dores e a indignação com situações impostas à pessoa humana.

Se conceituarmos direitos humanos como sendo aqueles inerentes aos seres humanos, podemos buscar na história da antiguidade os primeiros resquícios de preocupação com esses direitos.

Um dos documentos mais antigos vinculado aos direitos humanos, é o Cilindro de Ciro, que apresentava características inovadoras - permitia que os povos exilados na Babilônia regressassem às suas terras de origem e, em relação à religião, permitia a liberdade de culto e a abolição da escravatura.

Podemos concluir que na antiguidade imperava a justiça individual, de forma desproporcional, então o código de Hamurab traz normatização à sociedade, não dentro dos paradigmas atuais, pois aplicava a legislação de forma diferenciada de acordo com a classe social da sociedade babilônica.

Após podemos citar a Lei das 12 tabuas, que não tinha diferenciação por classe social surgindo, portanto o princípio da igualdade.

As 12 tabuas de madeira que ficaram expostas em frente ao fórum romano podemos observar preocupação coma publicidade.

Tal lei influenciou o Rei Justiniano que teve seu reflexo ate os dias atuais influenciando muitas normas.

Na idade media, apesar de ser um período obscuro houve grande desenvolvimento dos direitos humanos podemos relatar o surgimento da carta magna na Inglaterra em 1215, Carta Magna do Rei João sem terra.

O documento teve o mérito de restringir o poder absoluto do monarca trazendo limitação ao poder real, direito de propriedade e devido processo legal, mas não trouxe efetivos direitos humanos, mas sim uma primeira dimensão como, por exemplo, o surgimento do *habeas corpus*. Pode ser denotada como precursora das declarações de direitos humanos, ainda que não tivesse um caráter Universal.

Mas na modernidade podemos apontar o tratado de Vestifália.

Não obstante o fato de a Inglaterra ter dado o impulso inicial, foi na América do Norte que surgiu a primeira Declaração de Direitos, em 12 de janeiro de 1776, cuja cláusula primeira proclamava: “todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes.

Em 26 de agosto de 1789 a Assembleia Nacional Francesa aprovou sua “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, que devido às repercussões da Revolução Francesa, exerceu maior influência que a declaração norte-americana, apesar de estar nesta fundamentada.

A referida Declaração foi inspirada nos ideais iluministas e humanistas e proclamava a igualdade dos homens, a liberdade individual e o direito de resistência à opressão. Abalou as estruturas do absolutismo

européu, refletindo-se nos movimentos revolucionários que abalaram o mundo no século XIX.

No século XX, a Constituição da República de Weimar, de 11 de agosto de 1919, na qual teve destaque o direito social serviria de base para o futuro reconhecimento dos direitos fundamentais.

A ideia de uma nova declaração de direitos surgiu no final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Em 10 de dezembro de 1948 a terceira Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou o documento intitulado “Declaração Universal dos Direitos Humanos”.

Após as atrocidades praticadas contra a humanidade durante a segunda grande guerra, não restou outro caminho aos homens se unirem com um único fim, proteger os Direitos da Humanidade acima de qualquer outro, com o único fim de evitar a ocorrência de violações de tal gravidade.

Ao proclamar os direitos fundamentais, a ONU tornou evidente não se tratar de concessão ou reconhecimento, esclarecendo que a existência de tais direitos independe de qualquer vontade ou formalidade uma vez que eles são inerentes a pessoa humana, nenhum indivíduo, entidade, governo ou Estado tem legitimidade para retirá-los ou restringi-los.

Como demonstrado nos julgamentos pós guerra a fundamentação Nazista seria de que os atos praticados, somente ocorreram em respeito à Lei interna, com fins no ordenamento fundamentado por Carl Schmitt. Portanto, este foi o fundamento da comunidade internacional em priorizar os Direitos Humanos acima de qualquer Direito interno.

A União Europeia tem seu sistema de direitos humanos fundado na “Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais”, adotada em Roma, Itália, em 1950. Já em 1961, foi assinada a Carta Social Europeia que trata dos direitos econômicos e sociais.

Em 1977 na capital da Argélia, no continente africano, foi aprovada a “Declaração Universal dos Direitos dos Povos”. Ao enunciar princípios referentes aos direitos de todos os povos, esta declaração expressa à necessidade de garantia à autodeterminação política, ao desenvolvimento econômico, à cultura, ao meio ambiente e aos direitos das minorias.

Tem a preocupação fundamental de construir uma nova ordem internacional, mais solidária e cooperativa. Ainda no continente africano foi instituída a Organização de Unidade Africana e assinada a “Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos”, em 1981.

Na década de 1990 foi assinada a “Carta de Paris”, no âmbito da Conferência sobre a Segurança e a Cooperação na Europa, ocasião em que se estabeleceram normas precisas sobre os direitos do homem e das minorias.

Em 1992 a “Convenção Americana sobre os Direitos Humanos” - conhecida como o “Pacto de São José da Costa Rica” - uniu inúmeras nações em torno do ideal de fortalecimento da defesa dos Direitos Humanos na América Latina. Desta convenção e de tantas outras realizadas no decorrer da história, o Brasil foi signatário.

3. DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

São os tratados ou convenções internacionais, considerados fontes do Direito Internacional, Nos termos do artigo 38, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

A Convenção de Viena dispõe ser o tratado “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. São acordos celebrados unicamente entre os Estados-partes ou signatários, isto é, entre os Estados soberanos que expressamente consentiram na adoção da convenção.

Nos termos dos conceitos supra salutar destacar que os tratados podem ser classificados como bilaterais ou multilaterais, relativamente ao número de sujeitos de Direito,

3.1. OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA

A comunidade internacional, frente aos acontecimentos históricos, não impõe limites ao esforço em garantir proteção aos direitos humanos, que tem como características principais a universalidade, indivisibilidade, fundamentalidade, supranacionalidade e historicidade.

Ademais, os Direitos Humanos são universais na medida em que são direitos inerentes a natureza de todo ser humano, indivisíveis por não poderem ser reduzidos ou desvinculados do homem, fundamental na medida em que necessários para a sobrevivência da espécie humana, supranacional por não guardar relação à determinada ordem constitucional e históricos porque frutos da luta constante dos povos pela dignidade humana.

A identificação de um direito como sendo inerente e fundamental à condição humana se denota repleta de subjetividade, pois a concepção do que sejam direitos humanos esta ligada com os valores morais, a cultura e tradição de cada povo. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana para uma população de um determinado país do ocidente pode ser diferente para uma população de um país no oriente.

A celebração de tratados internacionais evidencia o esforço para proteção dos Direitos Humanos.

A problemática enfrentada, quanto à celebração dos tratados funda-se na violação da soberania dos estados.

Neste sentido temos o PIDESC que em seu art. 5º elucida a idéia dos Direitos Humanos, impondo uma interpretação ampla.

Neste diapasão podemos afirmar as limitações dos Direitos Humanos encontram arestas apenas nos próprios tratados, já que o dimensionamento de tais Direitos são maiores que qualquer Direito interno.

A despeito das discussões internas que esbarram em questões culturais conflitantes, por muitas vezes, nas diretrizes da Declaração de Direitos Humanos, a lógica internacional dispõe a salvaguarda do ser humano.

Como conclui Claudio Finkelstein, o Direito Humano esta alem da soberania Estatal^[1], já que são inerentes a própria condição humana, não podendo, ser afastado de qualquer um independente de cultura, religião ou nação.

Na evolução do pensamento devemos citar que a globalização aproxima os povos, estreitando inclusive as relações internacionais,

evidenciando a idéia de que o homem hoje é antes de tudo um cidadão do mundo.

Neste sentido, podemos afirmar que a cada dia os Estados se abrem ao plano internacional, implantando medidas que assegurem a dignidade humana.

Tal afirmação pode ser constatada no art. 53 da convenção de Viena que dispõe:

Artigo 53.º-Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (jus cogens)

É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.

Assim, as normas que versem sobre Direitos Humanos se sobrepõem a vontade interna dos Estados.

Ressalte-se que, apenas o consentimento mútuo e livre que caracteriza a convergência de vontade das partes signatárias, condicionante relacionada ao princípio do *pacta sunt servanda*, vinculam

os Estados, haja vista que os tratados internacionais somente se aplicam às partes que o ratificarem.

Mas ainda que este seja o comando devemos ressaltar os dizeres da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que na busca pela paz delinea uma ordem pública mundial, com fins no respeito à dignidade humana ao consagrar valores básicos que, a partir de então, tornaram-se universais.

“A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, vem a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos” [2].

Este norteamento trazido pela Declaração da ONU, traduzindo um anseio mundial, fortalece e condiciona a evolução social humana a valores morais e éticos, que devem ser observados nas normas de Direito Interno, quer sejam normas constitucionais e infraconstitucionais.

Assim, ao colocar a relevância do Direito Humano acima do Direito Interno, ainda que o Estado não seja signatário de um Tratado, as diretrizes colocadas pela ONU se refletem a todo momento internamente. É o que podemos observar nos esforços do Poder Constituinte.

Esta condução pode ser vista nos atos do Poder Legislativo, e não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário.

3.2. DA INTERNALIZAÇÃO DO TRATADO INTERNACIONAL

A formação de um tratado internacional se inicia nas fases de negociação, conclusão e assinatura da convenção, conjunto de atos atribuídos à competência do Poder Executivo.

Cabe destacar que a assinatura é ato meramente formal e representativo de um aceite precário e provisório, não irradiando, destarte, quaisquer efeitos jurídicos e indicando, apenas, a autenticidade e definitividade do tratado.

A internalização efetiva do Tratado no ordenamento jurídico pátrio, passa pela análise e a aprovação pelo Poder Legislativo, que após aceitação deve ser encaminhado ao Executivo, para ser ratificado e finalmente publicado.

Como consigna Francisco Rezek “no estagio presente das relações internacionais, é inconcebível que uma norma jurídica se imponha ao Estado soberano à revelia” [3].

Cabe mencionar que a Convenção de Havanaem seu artigo 4º, reza que: “Os tratados serão publicados imediatamente depois da troca das ratificações. A omissão, no cumprimento desta obrigação internacional, não prejudicará a vigência dos tratados, nem a exigibilidade das obrigações neles contidas”.

Observadas tais etapas de formação do tratado internacional, o mesmo reputar-se-á válido, passando a produzir efeitos no âmbito dos sujeitos participantes, obrigando os signatários.

3.3. HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

As normas previstas nos tratados internacionais, no ordenamento jurídico brasileiro, são devidamente aprovadas pelo Poder

Legislativo e promulgadas pelo representante do poder executivo como atos normativos infraconstitucionais, submetendo-se, por óbvio as normas constitucionais.

Neste diapasão podemos afirmar que não existe hierarquia entre normas ordinárias de direito interno e aquelas advindas dos tratados internacionais. Em caso de conflito, observar-se-á o critério cronológico.

Mas, podemos afirmar que quanto os Tratados de Direitos Humanos esta não poderia ser a hierarquia dada à matéria, pois uma norma federal mais nova poderia derrogar Tratado Internacional. Assim, era preciso dar hierarquia distinta aos Tratados.

Assim, podemos caracterizar a hierarquia dos tratados internacionais quanto à recepção no âmbito jurídico interno em três momentos distintos, ou seja, antes da Constituição Federal de 1988; após a promulgação da Carta Magna vigente, mas anteriormente a EC nº 45/2004; e posteriormente a respectiva Emenda. Devemos distinguir neste aspecto, os tratados internacionais de direitos humanos e aqueles que versem de matérias distintas.

Assim, até o advento da EC 45/04 os Tratados eram recepcionados como Lei Federal, portanto, com natureza de norma infraconstitucional.

Com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, o STF passou a equiparar todos os tratados internacionais à legislação federal, empregando hierarquia infraconstitucional aos Tratados Internacionais.

Como abordado acima, para os Tratados Internacionais de Direitos Humanos este posicionamento hierárquico poderia surtir efeito

negativo, pois assim, norma infraconstitucional mais nova teria o condão de alterar o Tratado, o que traria conflitos severos ao Estado, já que como premissa os Direitos Humanos não poderiam ser mitigados.

Com o advento da Constituição de 1988, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos pactos internacionais foram permeados de hierarquia constitucional, em virtude do dispositivo inscrito nos §§1º e 2º, do artigo 5º, da CF, em virtude da interpretação do referido dispositivo, que dispõe: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados".

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu o §3º ao artigo 5º à CF/88, criou-se à hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos anteriores à inclusão do citado parágrafo, pois a eficácia constitucional foi atribuída apenas aos acordos aprovados em dois turnos, com quórum qualificado de três quintos, e não mais por maioria absoluta.

Assim, por força do §2º, do artigo 5º, da CF, são materialmente constitucionais, razão pela qual há de se salientar que a inovação do §3º, do mesmo artigo da CF, reforça a natureza constitucional dos tratados.

Em resumo podemos afirmar que a inserção de um terceiro parágrafo no art. 5º da CF, versando sobre a incorporação de tratados internacionais em matéria de direitos humanos ao sistema constitucional, veio para complementar o § 2º do mesmo artigo.

Podemos concluir que o dispositivo constitucional introduzido pela reforma do judiciário veio por termo à controvérsia à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos em nosso ordenamento.

A inovação ao art. 5º, pela EC 45, ao introduzir o §3º dispõe:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Com este novo dispositivo os Tratados de Direitos Humanos passaram a equivalentes a Emendas, alterando seu status, protegendo-os de possíveis conflitos com normas infraconstitucionais, e fortalecendo o processo legislativo que deve estar atento aos comandos acordados no âmbito internacional.

Assim, a partir da promulgação da EC 45/2004, ou o tratado será incorporado com status de lei ordinário ou com de emenda à constituição, em conformidade com o quórum de votação.

Ficou a controvérsia quanto aos Tratados já ratificados sem o quórum qualificado. Neste diapasão, como disposto pela Professora Piovesan, não haveria razoabilidade em manter o status de Lei Federal aos Tratados já ratificados, por não ter passado pelo quórum qualificado.

Mas, na prática, ainda que o posicionamento supra mencionado seja o mais acertado não havia implementação de mecanismos para que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que não tivessem internalização pelo quórum qualificado alcançassem a hierarquia adequada de Emenda Constitucional.

Nosso Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento do recurso extraordinário nº 466.343/SP, enfrentou a matéria ao debater a prisão do depositário infiel, admitida em nosso ordenamento, e a princípio

rechaçada no Pacto de San Jose. Tal julgado evidenciou um novo posicionamento do STF.

4. DO POSICIONAMENTO DO STF

Na tentativa de resolver tal situação de dar status Constitucional, e equivalência de Emenda Constitucional aos Tratados de Direitos Humanos devemos citar o posicionamento do STF, que através do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário de nº 466.343, defendeu, a supralegalidade dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos.

O julgado citado dispõe:

“(...) parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”.

Assim, seguindo as diretrizes do voto citado, fundado no art. 5º, §3º, da CF/88, mesmo que um tratado internacional sobre direitos humanos não seja incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo procedimento delineado no dispositivo constitucional, ainda que submisso

à Constituição, encontra hierarquicamente, por óbvio, em nível superior à legislação infraconstitucional.

Pelo exposto, o Tratado incorporado pelo quórum simples não tem o condão de revogar a normas infraconstitucionais, mas a eficácia destas normas terá eficácia suspensa se divergentes do disposto no Tratado.

Foi o que ocorreu no julgado norteador do posicionamento do STF ao tratar do art. 7, item 7[4], do Pacto de San José da Costa Rica, internalizado a nosso ordenamento não pelo procedimento disposto pelo §3º do art. 5º da Constituição, introduzido pela reforma do judiciário. Neste entendimento foi atribuído a tal dispositivo caráter de supralegalidade.

O Tratado Internacional citado acaba com a prisão civil por dividas, o que, em tese, conflitaria com o ordenamento interno que recepciona a prisão do depositário infiel.

Portanto, ainda que no art. 5º, LXVII, da CF admita a possibilidade da prisão do depositário infiel, o dispositivo não a impõe, devendo valer o caráter de supralegalidade do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional.

O citado julgamento modificou o posicionamento anterior do STF, passando a dar aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, não incorporados na forma do artigo 5º §3º da Constituição Federal, tenham status de normas supralegais, sendo hierarquicamente superiores ao ordenamento jurídico interno, ficando em condição de submissão apenas à Constituição Federal.

Finalizando, cabe destacar que este novo posicionamento adotado pelo Supremo fundamentou a expressa revogação da súmula 619 que assim previa: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

Ainda que passível de críticas frente ao combatido ativismo judicial, devemos enaltecer o posicionamento do STF que eleva o princípio da dignidade humana.

Portanto, Louvável é esta inovação, pois visa dar uma extensão máxima à defesa dos direitos básicos do ser humano, frente a possíveis inércias do poder legislativo.

5. CRITICAS A TESE DA SUPRALEGALIDADE

Duas críticas devem ser feitas uma seria quanto ao fato que o Pacto de San Jose falava da prisão por dívida, e a segunda quanto ao ativismo judicial.

Quanto ao primeiro aspecto devemos consignar, brevemente, que o depositário infiel não é necessariamente o devedor, fugindo ao que dispõe literalmente o Pacto.

Ressaltemos a validade da exegese realizada pelo Tribunal, mas não poderíamos deixar de ressaltar a distinção ignorada.

O outro aspecto suscitado permeia ao que é severamente criticado que seria o ativismo judicial, já que o STF implementa mecanismo louvável, mas que não seria de sua competência, ultrapassando o sistema de tripartição dos poderes e de freios e contrapesos.

Ainda que o judiciário tenha o papel suprir as lacunas deixadas pelos demais poderes, as atuações constatadas do judiciário se prestam a evidenciar a crise do Estado democrático.

É obrigação do Judiciário atuar como mecanismo de defesa da Constituição e de concretização das suas normas, mas o ativismo judicial deve ser visto com cautela, pois neste caso podemos apontar uma atuação louvável do Supremo, mas será que sempre teremos uma atuação representativa dos anseios sociais traduzidos pelo voto expressado na condução dos legisladores ao poder.

Ademais, as decisões judiciais não são controladas por outros agentes governamentais.

Assim, critica-se o fato de os magistrados, decidirem conforme sua consciência, em vez de decidir conforme os valores expressos no próprio sistema constitucional.

Portanto, a expansão do poder dos tribunais, ainda que relacionados ao processo democrático, não representa compatibilidade com a democracia, o que se teme é o desequilíbrio deste ativismo que poderia violar o equilíbrio interno do sistema político estabelecido.

Daí se poderia extrair a crítica a tese da supra legalidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as auguras enfrentadas e vivenciadas na Segunda Grande Guerra impôs uma nova ordem mundial, onde se privilegiou a dignidade humana, na constatare proteção dos Direitos Humanos.

Vários foram os mecanismos adotados na proteção dos Direitos, tentando-se envolver a todo momento toda a comunidade internacional.

Assim, tendo em vista a primazia da soberania dos Estados e o caráter cultural interno, deparamos com a problemática da incorporação dos Tratados de Direitos Humanos no ordenamento interno.

A importância da prevalência do Tratado Internacional, em nortear toda a conduta dos Estados, se denota fundamental na prevalência da elevação da dignidade humana, bem como na manutenção da paz mundial.

No Brasil, os Tratados de Direitos Humanos eram recepcionados como normas infraconstitucionais, o que foi alterado com a reforma do judiciário o implemento do §3º do art. 5º da CF/88, que trouxe a reafirmação do caráter constitucional aos Tratados de Direitos Humanos, elevando os mesmos a condição de Emenda Constitucional.

A despeito da alteração restaram arestas, em razão do quorum bem estreito disposto no indigitado dispositivo constitucional.

A controvérsia foi resolvida com o posicionamento do STF, que deu caráter supra legal aos Tratados.

Ora, no que toca à hierarquia, os tratados internacionais de direitos humanos, desde que não aprovados sob o quórum de emenda, estão submetidos à supremacia constitucional, gozando de privilégio frente à legislação ordinária, fenômeno da suprallegalidade.

O ativismo judicial do STF foi louvável a dar proteção Constitucional aos Tratados de Direitos Humanos, mas merece críticas, pois tal posicionamento, que alterou a hierarquia dada aos Tratados, caberia tão somente ao Poder Legislativo, a quem efetivamente compete modificar a Constituição Federal. Portanto, o ativismo do STF confronta a tripartição dos poderes, protegida constitucionalmente.

No presente caso somente podemos apontar benesses, pois a inércia do legislativo poderia carrear conflitos entre o ordenamento interno e os Tratados, o que não seria admissível frente à necessidade de observância dos Direitos Humanos na condução interna.

Assim, ainda eivado de críticas, acreditamos que este novo posicionamento do STF configure uma das mais avançadas conquistas na valorização do homem.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, SP, 2014.

BALERA, Wagner e SILVEIRA, Vladmir Oliveira da, Coordenadores, COMENTÁRIOS AO PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONOMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Curitiba-PR, Editora Clássica, 2013.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 7ª Edição, São Paulo, Editora Atlas, 2009.

BRASIL. Decreto nº 678: promulgado em 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. RESP Nº 466.343/SP. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de outubro de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Portal Eletrônico do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

Acesso em: 9 outubro de 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10ª Edição, rev. atual. São Paulo, Editora Malheiros, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2008.

MORAIS, Alexandre de. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. 10ª Edição, São Paulo, Editora. Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23ª. Edição. São Paulo, Atlas, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*. 5ª Edição. São Paulo, Editora Max Limonad, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

NOTAS:

[1] FINKELSTEIN, Claudio - *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, Editora Clássica, Curitiba, PR, pág. 95.

[2] Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*, pág. 146.

[3] REZEK, Francisco. *Direito Internacional público*. 6.ed. São Paulo, Saraiva, p 83.

[4] Art. 7º, 7. *Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.*”

PONDERAÇÕES À DECLARAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS DA ASSOCIAÇÃO MUNDIAL PARA A SAÚDE SEXUAL: BREVE PAINEL AO ALARGAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os

direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Direitos Sexuais. Solidariedade Transgeracional.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 Ponderações à Declaração dos Direitos Sexuais da Associação Mundial para a Saúde Sexual: Breve Painel ao alargamento dos Direitos Humanos.

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”* [1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de

que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”* [2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”* [3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”* [4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada,

ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes^[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi

também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”* [7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja aceção, na visão adotada, excluía aqueles. *“É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida”* [9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do

feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. *“Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos”* [10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato [11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito [12], devido processo legal [13], acesso à Justiça [14], liberdade de locomoção [15] e livre entrada e saída do país [16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o

autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. *“Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”*[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que

fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[26].

3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[27]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos,

explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[28] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus

dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[29], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[30], da reserva legal[31] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[32], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[33].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”*[34], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado

na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[35]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. *“Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados”*[36]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[37], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos

direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primacialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”*[38], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado[39], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta

do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais^[40].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade

intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão *“são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal”* [41]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. *“Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”* [42], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio [43], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como

exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo”* [44] ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de

modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[45].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”* [46]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. *“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”* [47]. A respeito do assunto, Motta e Barchet [48] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

6 Ponderações à Declaração dos Direitos Sexuais da Associação Mundial para a Saúde Sexual: Breve Painel ao alargamento dos Direitos Humanos

Em um primeiro momento, a Declaração dos Direitos Sexuais da Associação Mundial para a Saúde Sexual estabelece os direitos sexuais são baseados nos direitos humanos universais que já são reconhecidos em documentos de direitos humanos domésticos e internacionais, em Constituições Nacionais e leis, em padrões e princípios de direitos humanos, e em conhecimento científico relacionados à sexualidade humana e saúde sexual. Por seu turno, a sexualidade é um aspecto central do ser humano em toda a vida e abrange sexo, identidade e papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A sexualidade é experienciada e expressada em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores,

comportamentos, práticas, papéis e relacionamentos. Embora a sexualidade possa incluir todas essas dimensões, nem todas elas são sempre expressadas ou sentidas. Sexualidade é influenciada pela interação de fatores biológicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, legais, históricos, religiosos e espirituais. No mais, a saúde sexual é um estado de bem estar físico, emocional, mental e social relacionado à sexualidade; não é meramente a ausência de doença, disfunção ou enfermidade. Saúde sexual requer uma abordagem positiva e respeitosa para com a sexualidade e relacionamentos sexuais, bem como a possibilidade de ter experiências sexuais prazerosas e seguras, livres de coerção, discriminação ou violência.

Mais que isso, a igualdade e não discriminação são fundamentais à proteção e promoção de todos os direitos humanos e incluem a proibição de quaisquer distinções, exclusões ou restrições com base em raça, etnia, cor, sexo, linguagem, religião, opinião política ou outra qualquer, origem social ou regional, características, status de nascimento ou outro qualquer, inclusive deficiências, idade, nacionalidade, estado civil ou familiar, orientação sexual e identidade de gênero, estado de saúde, local de residência e situação econômica ou social. Nesta linha, há que reconhecer, ainda, que a orientação sexual, identidade de gênero, expressões de gênero e características físicas de cada indivíduo requerem a proteção dos direitos humanos. Ao lado disso, todos os tipos de violência, perseguição, discriminação, exclusão e estigma, são violações dos direitos humanos e afetam o bem estar do indivíduo, famílias e comunidades. Os direitos sexuais protegem os

direitos de todas as pessoas na plena realização e expressão de sua sexualidade, usufruindo de sua saúde sexual, desde que respeitados os direitos do próximo.

O direito à igualdade e a não discriminação, como integrante dos direitos sexuais, preconiza que todos têm o direito de usufruir dos direitos sexuais definidos na declaração em comento, sem distinção de qualquer tipo, seja raça, etnia, cor, sexo, linguagem, religião, opinião política ou outra qualquer, origem social ou regional, local de residência, características, nascimento, deficiência, idade, nacionalidade, estado civil ou familiar, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, estado de saúde, situação econômica, social ou outra qualquer. Por sua vez, o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal estão estruturados na premissa que todos têm o direito à vida, liberdade e segurança, que não podem ser ameaçadas, limitadas ou removidas arbitrariamente por motivos relacionados à sexualidade. Estes incluem: orientação sexual, comportamentos e práticas sexuais consensuais, identidade e expressões de gênero, bem como acessar ou ofertar serviços relacionados à saúde sexual e reprodutiva.

No que compete ao direito à autonomia e à integridade corporal, cuida reconhecer que todos têm o direito de controlar e decidir livremente sobre questões relativas à sua sexualidade e seus corpos. Isto inclui a escolha de comportamentos sexuais, práticas, parceiros e relacionamentos, desde que respeitados os direitos do próximo. A tomada de decisões livre e informada, requer consentimento livre e informado antes de quaisquer testes, intervenções, terapias, cirurgias ou

pesquisas de natureza sexual. O direito de estar isento de tortura, tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante preconiza que todos devem estar isentos de tortura, tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante em razão de sua sexualidade, incluindo: praticas tradicionais nocivas; esterilização, contracepção ou aborto forçado; e outras formas de tortura, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes praticados por razões relacionadas ao sexo, gênero, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, ou característica física de alguém. Neste mote, o direito de estar isento de todas as formas de violência ou coerção. Todos deverão estar isentos de violência e coerção relacionadas à sexualidade, incluindo: Estupro, abuso ou, perseguição sexual, “bullying”, exploração sexual e escravidão, trafico com propósito de exploração sexual, teste de virgindade ou violência cometida devido à prática sexual real ou presumida, orientação sexual, identidade e expressão de gênero ou qualquer característica física.

Em relação ao direito à privacidade, a declaração estabelece que todos têm o direito à privacidade relacionada à sexualidade, vida sexual e escolhas inerentes ao seu próprio corpo, relações e práticas sexuais consensuais, sem interferência ou intrusão arbitrária. Isto inclui o direito de controlar a divulgação de informação relacionada à sua sexualidade pessoal a outrem. Por sua vez, o direito ao mais alto padrão de saúde atingível, inclusive de saúde sexual; com a possibilidade de experiências sexuais prazerosas, satisfatórias e seguras compreende que todos têm o direito ao mais alto padrão de saúde e bem estar possíveis, relacionados à sexualidade, incluindo a possibilidade de experiências sexuais

prazerosas, satisfatórias e seguras. Isto requer a disponibilidade, acessibilidade e aceitação de serviços de saúde qualificados, bem como o acesso a condições que influenciem e determinem a saúde, incluindo a saúde sexual. Concernente ao direito de usufruir dos benefícios do progresso científico e suas aplicações, todos têm o direito de usufruir dos benefícios do progresso científico e suas aplicações em relação à sexualidade e saúde sexual.

O direito à informação arvora que todos devem ter acesso à informação cientificamente precisa e esclarecedora sobre sexualidade, saúde sexual, e direitos sexuais através de diversas fontes. Tal informação não deve ser arbitrariamente censurada, retida ou intencionalmente deturpada. Em alusão ao direito à educação e o direito à educação sexual esclarecedora, a declaração explícita que todos têm o direito à educação e a uma educação sexual esclarecedora. Educação sexual esclarecedora deve ser adequada à idade, cientificamente acurada, culturalmente idônea, baseada nos direitos humanos, na equidade de gêneros e ter uma abordagem positiva quanto à sexualidade e o prazer. No tocante ao direito de constituir, formalizar e dissolver casamento ou outros relacionamentos similares baseados em igualdade, com consentimento livre e absoluto, a declaração estabelece que todos têm o direito de escolher casar-se ou não, bem como adentrar livre e consensualmente em casamento, parceria ou outros relacionamentos similares. Todas as pessoas são titulares de direitos iguais na formação, durante e na dissolução de tais relacionamentos sem discriminações de qualquer espécie. Este direito inclui igualdade

absoluta de direitos frente a seguros sociais, previdenciários e outros benefícios, independente da forma do relacionamento.

O direito a decidir sobre ter filhos, o número de filhos e o espaço de tempo entre eles, além de ter informações e meios para tal está alicerçado na premissa que todos têm o direito de decidir ter ou não ter filhos, a quantidade destes e o lapso de tempo entre cada criança. O exercício desse direito requer acesso a condições que influenciam e afetam a saúde e o bem-estar, incluindo serviços de saúde sexual e reprodutiva relacionados à gravidez, contracepção, fertilidade, interrupção da gravidez e adoção. O direito à liberdade de pensamento, opinião e expressão está fincado no ideário que todos têm o direito à liberdade de pensamento, opinião e expressão relativos à sexualidade, bem como o direito à expressão plena de sua própria sexualidade, por exemplo, na aparência, comunicação e comportamento, desde que devidamente respeitados os direitos dos outros. Ademais, em menção ao direito à liberdade de associação e reunião pacífica, os direitos sexuais desdobram-se na premissa que todos têm o direito de organizar-se, associar-se, reunir-se, manifestar-se pacificamente e advogar, inclusive sobre sexualidade, saúde sexual, e direitos sexuais.

Já no que toca ao direito de participação em vida pública e política, todos têm o direito a um ambiente que possibilite a participação ativa, livre e significativa em contribuição a aspectos civis, econômicos, sociais, culturais e políticos da vida humana a nível local, regional, nacional ou internacional. Em especial, todos têm o direito de participar no desenvolvimento e implantação de políticas que determinem seu

bem-estar, incluindo sua sexualidade e saúde sexual. Por derradeiro, o direito de acesso à justiça, reparação e indenização. Todos têm o direito ao acesso à justiça, reparação e indenização por violações de seus direitos sexuais. Isto requer medidas efetivas, adequadas e acessíveis, assim como devidamente educativas, legislativas, judiciais, entre outras. Reparação incluiu retratação, indenização, reabilitação, satisfação e a garantia de não repetição.

Referências:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho.** Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jun. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus.** Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 20 jun. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral.** 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais.** 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 20 jun. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

SIQUEIRA **novo caminho pra a Governança da Água no Brasil?**. Curitiba: Editora Juruá, 2010., Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel

Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 20 jun. 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII,

170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jun. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009, s.p.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 20 jun. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair

do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do

Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de

adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] MORAES, 2003, p. 28.

[27] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[28] SILVA, 2004, p. 157.

[29] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e

ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[32] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[33] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[34] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[35] COTRIM, 2010, p. 160.

[36] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

[37] MORAES, 2011, p. 11.

[38] SANTOS, 2003, s.p.

[39] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[40] SANTOS, 2003, s.p.

[41] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[42] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[43] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[44] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[45] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jun. 2015.

[46] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[47] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[48] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração.[...]”

MARX E A QUESTÃO DA LEI COMO CONTROLE ESTATAL: O DIREITO É UMA ESTRUTURA IDEOLÓGICA A SERVIÇO DAS CLASSES DOMINANTES?

FRANCISCO RENATO SILVA COLLYER: Graduado em Direito pela PUC Minas. Especialista em Direito Público (com capacitação para o ensino superior), Política e Sociedade, Direito Ambiental e Educação Ambiental. Mestrando em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM. Graduando em Ciências Sociais e História pela Universidade de Franca. Possui cursos de formação complementar em Ciência Política, Direitos Humanos, Sociologia Contemporânea, Filosofia, Argumentação Jurídica, Formação Docente para Professores de Direito, Direito Municipal e Urbanístico, Ações Constitucionais, Legislação Ambiental e Gestão Ambiental.

Resumo: Seria a lei (e, por extensão, todo o sistema jurídico) um instrumento de controle social a serviço da classe dominante? Pretendemos com o presente artigo estudar sobre essa questão. O estudo da teoria Marxista é relevante na medida em que se propõe a equacionar politicamente a sociedade segundo um modelo justo de distribuição das riquezas. Até que ponto este modelo é praticável ou (ainda) até que ponto é interessante para quem está no poder?

Palavras Chave: Sociologia do Direito, Karl Marx, Estado, Poder.

Karl Marx nasceu em 1818, na cidade de Tréveris, na Alemanha e faleceu em Londres no ano de 1883. Sua vida foi marcada pela militância incansável na busca de transformar suas teses em um projeto político que se implantasse na Europa e se espalhasse por todo o mundo. Em breves linhas, o pensador alemão representou um marco na defesa da implantação do Socialismo Científico, o qual considerava que se realizaria a partir do momento em que a classe operária tivesse consciência de seu papel revolucionário e conseguisse destruir por completo o modo de produção capitalista.

Como bem definido na obra “O Capital”, para Marx, o Estado não é mais a realidade da ideia ética, mas violência concentrada e organizada da sociedade. Sob o prisma da teoria marxista, é preciso analisar as relações jurídicas conjuntamente aos fatores sociais e econômicos, descartando a possibilidade de uma análise unicamente formal e isolada. Assim, a economia está entrelaçada às relações jurídicas, funcionando como fator determinante das relações socioeconômicas predominantes.

Para Marx, as relações jurídicas se enraízam nas relações materiais de vida, não podendo ser compreendidas sob o enfoque isolado do que são ou mesmo sob o enfoque do desenvolvimento geral da coletividade. É

dele a frase: "a história de toda a sociedade até aqui é a história de lutas de classes" (Manifesto do Partido Comunista, 1848).

Como forma de ruptura com as estruturas sociais beirando ao caos social – em que impera a exploração do homem pelo homem, da ausência de isonomia entre membros da coletividade e desrespeito da condição humana – a teoria marxista arquitetava o governo provisório do proletariado. Uma vez que a práxis política comunista só pode ser implantada com a ruptura do sistema capitalista vigente, a iniciativa parte do explorado em dar fim ao governo dos senhores em face das classes servis.

Assim, a força da revolução surge como uma resposta ao sistema que está implantado e não como uma ação originária contra o sistema. É uma reação contra algo que já está implantado, que não admite a ascensão da classe proletária ou mesmo a redução das desigualdades sociais verdadeiramente visíveis.

Para Marx, o Estado funciona como mecanismo de dominação de uma classe social pela outra, como um meio de projeção política da classe dominante. Desse modo, a classe dominante tende a sufocar a classe subjacente.

Como esclarece Paulo Nader (1999, p. 229), “o Estado seria também uma instituição a serviço da classe dominante, pois, além de se estruturar por modelo jurídico, é fonte criadora do Direito. A extinção das classes provocará, igualmente, a extinção do Estado”.

Assim, fica evidente o enfoque de que Direito e Estado são vistos como grandes estruturas que apenas confirmam a vontade dos dominadores em detrimento dos dominados. Também o poder do Estado funciona, primariamente, como órgão de defesa dos interesses comuns da sociedade. Porém, à medida que esse poder se torna independente da sociedade, o Estado passa a ser um órgão de uma determinada classe, impondo mais diretamente o seu domínio.

A luta das classes – a oprimida contra a dominante – assume um caráter de luta política. Na medida em que se desmembra da coletividade, o Estado cria uma nova ideologia. Desse modo, o Direito Público e o Privado são encarados como dois campos independentes, com seu desenvolvimento histórico próprio, campos que permitem e exigem uma construção sistemática.

Para Marx, o Direito está longe de ser um instrumento para a realização da justiça, tampouco emana da vontade do povo, mas, sim, é

uma estrutura ideológica a serviço das classes dominantes. Sempre que uma classe se mantiver no poder, haverá Direito e Estado.

Também a propriedade não é encarada como um Direito Natural de todo indivíduo, nem como uma conquista de todos os homens em favor do equilíbrio social, nem como um meio de conceder a cada um conforme seu trabalho. A propriedade privada não é um mal em si, mas seu uso proporciona a desigualdade das classes e a exploração dos menos favorecidos, sendo vista como o ingrediente que diferencia os homens entre si, causando distorções entre as classes.

A partir disso, assegura-se a manutenção dos interesses do poder e de alienação do proletariado pela “servilização” do trabalho, sendo mais uma forma de exploração. A abolição da propriedade privada, mesmo contrariando muitas ideologias, é regra comunista que possui suas razões.

A participação da propriedade no comunismo a ser instaurado após a ditadura do proletariado há de ser coletiva. Assim, para todos é dado o que é de todos.

Com a instauração do comunismo de bens, o homem poderia experimentar sua própria natureza como ser capaz de trabalho, uma vez

que estariam ausentes a propriedade privada, o Direito, o Estado, a burocracia e a própria distribuição piramidal dos membros da sociedade.

O enfoque principal da reflexão marxista está na justiça social, em que se centralizam todos os instrumentos de produção nas mãos do proletariado organizado em classe dominante, aumentando, assim, o total das forças produtivas.

O estudo da teoria Marxista, portanto, é relevante na medida em que se propõe a equacionar politicamente a sociedade segundo um modelo justo de distribuição das riquezas, ainda que, na prática, tem-se percebido se tratar de um ideal, até certa medida, inatingível.

Referências

ARON, Raymond. **As Etapas do Pensamento Sociológico**. Lisboa: Publicações D. Quixote, 2007.

MUSSE, Ricardo. **Fato social e divisão do trabalho**. São Paulo: Atica, 2007.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.