

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 797

(Ano IX)

(15/04/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF)** - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

**MARCELO FERNANDO BORSIO (MG)**: Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

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

**RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina)**: Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ)**: Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá)**: Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.588864>

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



13/04/2017 Denis Caramigo Ventura

» [A prisão em flagrante do advogado no exercício da profissão](#)

### ARTIGOS

13/04/2017 Filipe Reis Caldas

» [O plenário virtual e suas consequências práticas na formulação da jurisprudência](#)

12/04/2017 Felipe de Ivanoff

» [Licitações sustentáveis: uma nova forma de preservação socioambiental e fortalecimento do estado democrático de direito.](#)

12/04/2017 Thaís Tarquinio Oliveira

» [Hiperpartidarismo no Brasil](#)

12/04/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Comentários à Lei 13.257/2016: Ponderações ao Marco Legislativo da Primeira Infância](#)

11/04/2017 Marcus Fernando Palma Moura

» [Sistema de Biometria por Íris e sua aplicabilidade na identificação civil e criminal de acordo com a legislação brasileira](#)

11/04/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O Recurso Extraordinário nº 788.889: A Consagração da Isonomia entre a Licença Gestante e a Licença Adotante como desdobramento do Corolário da Afetividade nas relações familiares](#)

11/04/2017 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [Da Inconstitucionalidade Material do Projeto de Lei do Senado nº 280/2016 \(Abuso de Autoridade\)](#)

11/04/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [A Proeminência do Direito ao Lazer: O Entendimento do Supremo Tribunal Federal](#)

10/04/2017 Leonardo Sarmento

» [Caso Adriana Anselmo: Foi correta a substituição da sua prisão preventiva em domiciliar?](#)

10/04/2017 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [Nova Lei de Garantia de Direitos da Criança Vítima de Violência](#)

10/04/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Isonomia Material à luz do STF: A Imprescindível substancialização do adágio "Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade"](#)

10/04/2017 Daniella Alkmim de Araújo

» [A contribuição da análise da mudança de paradigma de Thomas Kuhn para a pesquisa jurídica](#)

10/04/2017 João Baptista Herkenhoff

» [A arte da interpretação jurídica](#)

#### MONOGRAFIA

10/04/2017 Everton José da Costa Pereira

» [A imparcialidade do juiz no sistema acusatório brasileiro](#)

## **A PRISÃO EM FLAGRANTE DO ADVOGADO NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO**

**DENIS CARAMIGO VENTURA:** Advogado; Consultor jurídico; Vice-Presidente da Comissão de Direito Penal e Direito Processual Penal da OAB/SP-Subseção Lapa; Membro da Comissão de Prerrogativas da OAB/SP-Subseção Lapa; Pós-graduando em Direito Penal e Direito Processual Penal; Pós-graduando em Direito Civil e Direito Processual Civil; Autor de diversos artigos jurídicos publicados em sites, revistas e jornais especializados; Colunista e orientador jurídico do projeto Prodigis - Ação Pró-dignidade sexual; Palestrante.

Imponentemente está estabelecido em nossa Carta Magna no art. 133 que

***“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.***

Fazendo uma rápida reflexão sob o dispositivo citado, nos questionamos: que limites são esses?

Como o assunto em pauta é a **prisão em flagrante** do advogado no exercício de seu mister, somente nele que nos atentaremos para que o foco não se disperse.

Pois bem, assim sendo, quando o advogado pode sofrer uma prisão em flagrante no exercício da profissão?

Encontramos a resposta, de forma clara e cristalina, no art. 7º, §3º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Lei Federal nº 8.906/94) que dispõe:

***“Art. 7º São direitos do advogado:***

**§ 3º O advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo”.**

Para que possamos compreender a real aplicação do dispositivo acima, precisamos saber quais os crimes que a lei estabelece como inafiançáveis, pois somente eles e, frisa-se, unicamente eles, quando cometidos no exercício da profissão, habilitam a prisão em flagrante do advogado.

Nossa Carta Magna de 1988 estabelece em seu art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV os crimes inafiançáveis:

**Art. 5º (...)**

**“XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;**

**XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;**

**XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”:**  
**(grifo nosso)**

Dessa forma, o amparo constitucional é suma importância quando o advogado atua fora da zona de conforto e encontra-se diante de uma possível, por exemplo, violação de prerrogativa. Fazer valer um direito seu no exercício de sua profissão é um direito garantido por lei federal e assim deve ser respeitado.

Na prática, o que muito acontece quando o advogado faz valer suas prerrogativas de forma incisiva e segura, mostrando-se conhecedor daquilo que sustenta, logo surge algum tipo de cerceamento de atuação por parte da “autoridade” que está se debatendo a questão e, quase sempre, com a intimidação de voz de prisão, diga-se, em flagrante delito.

Para que consigamos compreender ainda mais o assunto aqui exposto, a CF/88 fala que a prisão em flagrante do advogado se dá, também, pelo cometimento de crimes tidos como hediondos (Lei. 8.072/90).

Que advogado cometerá um crime hediondo ou qualquer outro descrito como inafiançável (tortura, racismo - e não injúria racial -, terrorismo...) no exercício da profissão?

Parece-me fora da realidade imaginar um advogado cometendo alguns dos crimes inafiançáveis descritos quando exerce sua honrosa profissão.

Certo é que para toda regra existe uma exceção, porém, neste caso, enxergo uma exceção bem distante.

Esta reflexão deve ser feita com muita atenção, pois a temeridade da prisão em flagrante que padece alguns advogados quando estão exercendo sua profissão é real e constante, o que não deveria acontecer quando se tem o conhecimento constitucional e penal acerca do tema.

Nosso diploma processual penal, em seu art. 323, reitera o disposto na CF/88 estabelecendo os crimes que são inafiançáveis

***“Art. 323. Não será concedida fiança:***

***I - nos crimes de racismo;***

***II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;***

***III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;”***

Assim, com base constitucional, penal e processual penal afasta-se, por completo, o folclore da prisão em flagrante do advogado pelo crime de desacato, desobediência...ou qualquer outro (cometido no exercício da profissão) que não seja inafiançável.

Apenas para complementar o tema, recomenda-se a leitura e estudo dos artigos 61 e 69 da Lei n.º 9.099/95 que tratam sobre as infrações penais de menor potencial ofensivo e do termo circunstanciado, respectivamente.

Jamais um profissional de tamanha importância deve ser privado de exercer o seu ofício por represálias ilegais, inexistentes no ordenamento jurídico ou, pior, criadas para a conveniência de alguma classe sem amparo legal.

Ainda, por fidelidade jurídica, ressalta-se que o advogado pode cometer crimes no exercício da profissão como qualquer outro profissional e responderá por isso na medida de sua responsabilidade, porém, a prisão em flagrante delito somente será legal quando fundamentada nos casos expressamente previstos em lei.

Como estamos abordando o §3º do art. 7º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, devemos fazer menção, também, ao inciso IV do artigo supracitado, a saber:

***“IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a***



***comunicação expressa à seccional da OAB;***

Com base no dispositivo acima, sendo o flagrante legal ou ilegal (o que será apurado em cada caso concreto), o advogado tem o direito de ter um representante da OAB para acompanhar toda a situação que se encontra fortalecendo, ainda mais, o livre exercício da advocacia quando realizado dentro dos padrões éticos, morais e profissionais.

Corroborando todo o exposto quanto à liberdade de atuação profissional do advogado, dispõe o art. 31, §§ 1º e 2º da Lei 8.906/94:

***“Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.***

***§ 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.***

***§ 2º Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.”***

Por fim, sabendo o advogado desta importante prerrogativa estabelecida em lei federal, quando se ver diante de uma situação arbitrária no exercício da profissão, não deve nada temer e, se for o caso, buscar amparo no ordenamento jurídico para fazer valer um direito seu (e não um favor) como, por exemplo, na Lei nº 4.898/65 (abuso de autoridade), pois, conforme esta dispõe em seu art. 3º, “j”:

***Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:***

***j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.***

Nada é mais atentatório à justiça do que uma afronta às prerrogativas advocatícias!

***“O que me preocupa não é o grito dos maus. É o silêncio dos bons”.***

***Martin Luther King***

## O PLENÁRIO VIRTUAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS NA FORMULAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

**FILIFE REIS CALDAS:** Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade Marista. Pós-graduando em Direito Público pela Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco - FACESF.

**Resumo:** Com a adoção do modelo de julgamento com base no Plenário Virtual, perdeu-se a discussão entre os julgadores membros do órgão colegiado, faz-se uma análise crítica a respeito dos impactos que a mesma terá na jurisprudência e nos consequentes precedentes.

**Sumário:** Introdução. 1 – A questão da Morosidade Judicial; 2 – Do breve estudo da Hermenêutica; 3 – Do Princípio da Colegialidade; 4 – Da sustentação Oral no Plenário Virtual; 5 – Considerações Finais; 6 – Referências bibliográficas.

---

### INTRODUÇÃO

Virou uma prática recorrente o julgamento dos tribunais superiores de forma virtual, não havendo dúvidas de que a nova ferramenta possibilita maior celeridade aos processos, tendo em vista que o tempo médio do trânsito em julgado no Brasil é muito extenso.

Fazendo-se uma analogia com a chegada do PJe, que trouxe várias mudanças, é normal que esse processo de transição assuste ou atrapalhe muitos colegas e dificulte no início a forma de trabalho de muitos servidores.

No exemplo do PJe, após o momento de euforia com a consequente calma dos ânimos pela descoberta da nova ferramenta, percebe-se que a mesma pode trazer muitos benefícios não vistos a curto prazo, como por exemplo, a economia de papel na construção dos processos físicos.

No tempo em que ainda era acadêmico de direito, pude presenciar a fase de transição dos sistemas físicos (intranet) para os processos digitais (PJe) com um olhar mais analítico, percebendo o *modus operandi* da nova ferramenta e as expectativas e aflições dos servidores com a utilização da mesma.

Tendo em vista que no período da graduação tive a possibilidade de estagiar com excelentes profissionais em respeitadas Tribunais, Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região e no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, pude perceber na prática a redução do consumo de papel nos Tribunais, gerando uma considerável economia para os cofres públicos.

Nessa época, escutava muitas reclamações dos advogados e procuradores por falta de informações e angústias pelas falhas rotineiras que o sistema apresentava, como por exemplo: “quedas, suspensões, panes, bugs, *glicthes*”, do software PJe.

Com o passar do tempo, o costume do novo aplicativo traz o confortável sentimento de comodidade, evitando as “gigantescas filas do protocolo” e a possibilidade de se trabalhar em qualquer lugar do mundo.

A ferramenta do PJe trouxe, inclusive, uma nova forma de trabalho para os escritórios de advocacia, sendo discutido mais em São Paulo, ainda que de forma embrionária, a formulação dos chamados “Home Offices” Jurídicos, gerando uma economia de energia, redução do espaço físico dos escritórios e maior ganho de tempo pelos profissionais que não se preocupam mais com deslocamentos físicos e o caótico trânsito, tendo o causídico mais tempo para focar no que realmente interessa, a construção das peças jurídicas.

De posse dessa introdução, com a feitura do paralelo com o PJe, se analisará mais detalhadamente as consequências práticas do Julgamento com base no Plenário Virtual.

## **I - A QUESTÃO DA MOROSIDADE JUDICIAL**

Já não é mais nenhum segredo, para qualquer profissional jurídico ou cidadão, que a morosidade processual no Brasil toma níveis absurdos, passando e muito da categoria da razoabilidade e da proporcionalidade.

A morosidade processual é um fator que toma proporções inimagináveis, influenciando tanto na forma de atuação dos magistrados quanto na dos advogados/procuradores, chegando, inclusive, a influenciar na cultura da população.

Tal fato é de fácil percepção uma vez que o Brasil vem gerando uma cultura de não litigar, causada pelos sentimentos de receio, angústia, aflição e principalmente desconhecimento dos trâmites do Poder Judiciário.

Aliada com esses sentimentos negativos, a morosidade judicial provoca, no nível normativo, certa ineficácia social, estimulando sentimentos de revolta e indignação com a Justiça como um todo.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ mapeou em 2016 o tempo de tramitação médio dos processos em primeira instância do País, levando em torno a justiça estadual para proferir uma sentença no prazo de 4 anos e 4 meses.[\[1\]](#)

Segundo os dados da pesquisa, dos Tribunais de Justiça o mais célere ficou por conta do TJRIO, com um tempo médio de 1 ano e 9 meses para proferir julgamentos.

Na minha visão como profissional jurídico, percebo o quanto é difícil “vencer a barreira” causada por esses sentimentos, mesmo diante de uma flagrante violação de direitos.

Como pesquisador da ciência jurídica, o que mais me assusta são as situações em que me deparo com casos em que a parte (o sujeito) tem ciência da situação fatídica que está sendo lesado, e ainda assim, por desconfiança e temerosidade do Poder Judiciário, majorada pela

noção da morosidade processual, prefere desistir de batalhar por seus direitos do que ingressar com uma demanda judicial.

Tal raciocínio é embasado nos seguintes critérios que o mesmo terá de arcar ao promover uma demanda judicial: i) custas judiciais (caso não seja hipossuficiente); ii) honorários advocatícios (caso não seja no Juizado ou pela Defensoria Pública); iii) a incerteza do ganho da causa; iv) a espera *ad eternum* pelo trânsito em julgado da lide.

Essa opção de não litigar, acaba fazendo a parte suportar o ônus da injustiça, amargando no prejuízo seja na esfera patrimonial (danos materiais) seja na imaterial (danos físicos, morais, existenciais...), ficando evidentes os efeitos que a morosidade processual acarreta na cultura da população como um todo.

Dessa forma, a cultura do não litígio por medo e desconfiança aliada pela morosidade judicial afeta o Judiciário como um todo, nos ritos ditos “sumaríssimos” como nos ordinários, nas instâncias *a quo* quanto nas instâncias *ad quem*, nos Tribunais e nos Juizados, gerando a total ineficácia social dos preceitos legais.

O Plenário Virtual é uma nova opção de julgamento das turmas colegiadas, saindo do clássico modelo das salas de julgamento com as sessões públicas e litúrgicas.

Trazendo a questão da morosidade processual para o plano do novo modelo de julgamento virtual, não há dúvidas de que a ferramenta possibilitará uma maior celeridade no rito dos julgamentos dos tribunais superiores.

Em artigo recente publicado no Conjur de autoria de Ana Fernanda Ayres Delosso e Domitila Kohler, assim foi definido a funcionalidade do novo sistema no STF e no STJ<sup>[2]</sup>:

No Supremo Tribunal Federal, a novidade já foi regulamentada e aplicada — ainda que com a discordância do ministro Marco Aurélio, que deixou a presidência da Comissão de Regimento, após a

aprovação da Resolução 587, de 29 de julho de 2016. De acordo com esse normativo, agravos regimentais e embargos de declaração poderão ser julgados em plenário virtual, a critério do ministro relator. O funcionamento dos julgamentos virtuais se dá através do acesso, pelos ministros, a um sistema onde o texto do voto do relator é inserido. Lido o voto, cada um concorda ou discorda, de forma silenciosa; com o apertar de um botão.

O Superior Tribunal de Justiça partilha da inovação. Desde o ano passado, agravos regimental e interno e embargos de declaração poderão ser julgados virtualmente de acordo com a discricionariedade do Relator. O funcionamento é o mesmo do STF, silencioso. Outros tribunais também seguem a mesma linha.

O ponto da celeridade processual deve ser vista com olhos atentos, uma vez que a formulação da lide e o consequente processo por sua própria natureza é uma questão que demanda juízos de cognição, podendo ser sumário ou exauriente, devendo ambas as modalidades respeitarem o correto procedimento legal com a possibilidade de citação das partes, formulação das provas tendentes a elucidar a questão do julgamento, ouvida das testemunhas, ou seja, é um procedimento mínimo temporal que contribui para excelência dos julgados e maior qualidade técnica das decisões, não podendo os procedimentos necessários do trâmite serem suprimidas em prol de uma maior celeridade “putativa” e redução do teor técnico dos julgamentos, podendo assim gerar verdadeiras injustiças.

A discussão da inclusão do julgamento em plenário virtual e a consequente celeridade para as demandas de massa e casos de repercussão geral no Supremo com milhares de processos sobrestados ou suspensos em torno do País pode trazer uma falsa sensação de felicidade e tranquilidade, mas a que preço?

Sendo essa a próxima discussão tratada no presente artigo, a perda das discussões em conjunto para correta interpretação do órgão colegiado e os seus impactos na jurisprudência e no novo instituto dos precedentes do novo CPC.

## **II – DO BREVE ESTUDO DA HERMENÊUTICA**

A Hermenêutica é um vocábulo de origem grega com referência ao deus Hermes ou Mercúrio, pois dentre outros feitos é atribuído a Hermes a criação da linguagem.

A linguagem tem tudo a ver com a Hermenêutica e com a compreensão, sendo o papel de mensageiro do deus Hermes tornar inteligível as mensagens dos deuses.

A Hermenêutica se baseia no: DIZER, PROCLAMAR e TRADUZIR a interpretação, construindo a possibilidade de se compreender uma situação.

O DIZER no âmbito jurídico significa a “IURIS DICTIO” (Dizer o que de Direito), já sendo um ato de interpretação, por possuir 2 efeitos: i) distinguir as coisas que estão no mundo; ii) reconhecer como distinguida, atribuindo um significado. O magistrado não diz o que o direito é, mas o que de direito é, em determinada causa particular.

O PROCLAMAR se baseia num juízo lógico prévio de conhecimento, só sendo possível se proferir tais juízos ou julgamentos após se ter a compreensão do que são as premissas.

Como o direito cria sua própria realidade, não se pode copiar todos os fatos e repassar ao mundo jurídico, entrando então a função de TRADUZIR os silogismos, tanto para o mundo jurídico como para o mundo concreto.

É possível se construir os significados a partir de qualquer TEXTO, sendo esse vocábulo aqui empregado com a função *lato sensu*, ou seja, qualquer objeto que seja passível de interpretação, podendo ser



tanto o escrito (livros, jornais, normas...) como os não escritos (placas, quadros, desenhos, pinturas...).

O estudo da Hermenêutica está presente em vários ramos, como por exemplo: i) Hermenêutica Teológica (bíblica); ii) Hermenêutica Filológica (literária); iii) Hermenêutica Jurídica (Legal).

É por meio dos cânones de interpretação que se consegue construir o verdadeiro significado dos textos, tendo eles a função de impor limites e guiar na função de construir os conceitos:

**Autonomia hermenêutica do objeto** – o texto possui significados próprios, que nem mesmo o autor do texto pode alterar, ficando impregnado de sentido desvincilhando do seu autor.

**Coerência ou Totalidade** – há uma relação entre o todo e a parte do texto, tendo a palavra sozinha vários significados, contudo, ao ser colocada no texto, resume-se as opções interpretativas.

**Atualização** – há diversos textos legais que foram produzidos há décadas, ou séculos atrás, necessitando seu sentido ser atualizado, trazendo aos dias correntes, contextualizando.

**Adequação** – o interprete precisa fazer adaptações entre os tempos passados e o atual, adequando-o a nova realidade, buscando a máxima efetividade do texto.

No texto legal, há a figura do legislador, que elabora juízos sobre fatos e, a partir deles, determina condutas. O objeto referido do texto legal é exatamente a relação jurídica, da qual surgem deveres de conduta.

Quando o legislador tem a representação sobre o fato, surge a lei. Aplica-se a lei, com a figura do juiz, que vai ter a leitura da lei.

Os textos legais são distribuídos de acordo com os ramos aos quais eles pertencem: penal, tributário, constitucional, civil, trânsito etc. Embora tenha em comum o escopo (finalidade de regular condutas), esse escopo se modifica de acordo com o ramo no qual ele está inserido e assim, não podemos interpretar direito penal do mesmo modo que se interpreta no direito civil.

A interpretação pode ser dividida de acordo com o intérprete, podendo ser: autêntica (legislador), jurisprudencial (juízes e tribunais) e doutrinária (doutrinadores).

O direito possui uma forma dinâmica de evolução, levando-se em conta os contextos em que a norma está inserida e pela figura peculiar do intérprete que pode construir seus significados de forma singular por suas convicções, crenças, ideologias e cultura.

O magistrado *a quo*, na sua situação singular formula seus enunciados imperativos, declarativos, constitutivos e condenatórios com base na construção interpretativa que o mesmo faz da norma geral e abstrata no caso individual e concreto, gerando assim a proclamação do direito em nome do Estado.

O recurso para instância superior surge justamente para possibilitar que um órgão colegiado discuta e interprete a norma em conjunto, pois se presume que pela avançada experiência, os mesmos terão mais frieza e prudência na elucidação das causas e formulação do julgamento.

É importante se fazer um alerta que a interpretação deve ser realizada segundo os cânones já expostos, garantindo-se assim uma maior segurança jurídica para os envolvidos.

Porém, é necessário se fazer um rápido parêntese na questão da segurança jurídica, uma vez que não significa imutabilidade. Costuma-se dizer que não existe interpretação certa ou errada no direito.

O que se existe na verdade é um entendimento que é seguido por muitos juristas (posição majoritária), um entendimento seguido por uma parcela menor de juristas (posição minoritária) e um entendimento seguido por juristas unitários (posição isolada).

A discussão do órgão colegiado provoca uma nova possibilidade de discutir os entendimentos, pôr novos argumentos em pauta, novos fatos, podendo gerar novos posicionamentos e uma nova visão do tema impactando diretamente nas novas jurisprudências, novas súmulas e a consequente formulação dos precedentes.

### **III – DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE**

O princípio da colegialidade vem perdendo força no meio jurídico, uma vez que o legislador, preocupado com a extrema morosidade processual, acabou por atribuir grandes poderes na competência do Relator, aumentando a incidência de decisões monocráticas, porém, esqueceu-se do provérbio popular que afirma “com grandes poderes, surgem grandes responsabilidades”.

Em artigo publicado no Jus Brasil o respectivo autor assim define o princípio da colegialidade<sup>[3]</sup>:

*É sabido que o princípio da colegialidade deriva do princípio do duplo grau de jurisdição, e que em nosso ordenamento jurídico a colegialidade é provocada por meio do conhecido Agravo Regimental ou Agravo Interno, previsto não apenas no art. 554 do CPC e art. 39 da Lei de Recursos (Lei nº. 8.038/90), mas no Regimento Interno de alguns Tribunais.*

*Para o i. Walter Piva Rodrigues o princípio da colegialidade “... Se insere na garantia fundamental do duplo grau de jurisdição, pois, inerente a esta garantia sempre esteve ligada a idéia de um direito ao julgamento por órgão fracionário, é bem verdade, mas, na forma de um Colegiado”.*

(...)

*Para o Colendo Superior Tribunal de Justiça, a parte sucumbente tem o direito de buscar a reforma de decisão monocrática proferida através de agravo regimental, como forma de assegurar o princípio da colegialidade, neutralizando o individualismo das decisões.*

Inferre-se do trecho que o princípio da colegialidade está umbilicalmente ligado ao princípio do duplo grau de jurisdição, um direito essencial assegurado, inclusive, por cláusula pétrea<sup>[4]</sup>, dando efetividade ao princípio do devido processo legal.

Quando o processo em grau recursal chega aos Tribunais Superiores, passando por várias intempéries (juízo de admissibilidade), os sujeitos envolvidos anseiam pela definitiva palavra ou interpretação do direito pelos Ministros a respeito da lide no caso concreto.

A interpretação das normas como dita anteriormente não é imutável, as interpretações são construídas com base nos contextos em que a norma foi inserida e com base na visão singular com que o intérprete atribui valores.

A possibilidade da clássica discussão entre os membros do colegiado funciona como uma garantia do devido processo legal, do princípio da ampla defesa, da garantia do duplo grau de jurisdição, do princípio da publicidade e da motivação das decisões judiciais, nesse sentido são as palavras de Ana Fernanda Ayres Delosso e Domitila Kohler no artigo da Conjur da mencionado:

*Não é só que o julgamento passa a ser feito na privacidade dos gabinetes, sem a publicidade das TVs (para o bem e para o mal). Deixa de existir debate real entre os magistrados. O debate se transformou em acesso a um sistema; em leitura de votos; em um sim ou não sem rosto e sem detalhes.*

*Nesse novo sistema, que já tira muito da saudável publicidade dos julgamentos pelos tribunais, os ministros podem acessar os votos. E podem acompanhar ou discordar do Relator.*

*Mas os ministros também podem apenas ficar em silêncio: consta da Resolução do STF que “considerar-se-á que acompanhou o relator o ministro que não se pronunciar” no prazo de 7 dias.*

*Se calarem, é porque concordariam... O debate não é só silencioso; é o próprio silêncio.*

*Não é mais necessário que o ministro vote, ouça ou discuta. Será mesmo necessário que ele acesse o sistema?*

Um ponto salutar digno de nota e pouco reconhecido e mencionado pelos juristas é a questão das notas taquigráficas do julgamento.

A taquigrafia é utilizada pelo homem desde a antiguidade, tendo sido utilizada bastante pelas igrejas no período da santa inquisição e por diversos reinados e monarquias absolutistas documentando as atividades. Nesse sentido:

*Desde a Antigüidade a taquigrafia tem sido considerada o mais eficiente meio de registro de discursos orais, proferidos em assembléias jurídicas e legislativas em vários países do mundo, inclusive no Brasil, onde os primeiros registros taquigráficos ocorreram por volta de 1823, quando se deu a elaboração da primeira Constituição Brasileira.<sup>[5]</sup>*

*(...)*

*Então, os registros taquigráficos são utilizados como base para a publicação, no Diário da Câmara dos Deputados, de todos os discursos proferidos pelos parlamentares durante uma sessão, seja ela*

*ordinária, extraordinária, solenes ou preparatórias. Isso significa que os registros taquigráficos servem para compor o relatório diário das atividades da Câmara, realizando apontamentos sobre quem participou da sessão, quais foram às questões debatidas e que decisões foram tomadas sobre cada tema abordado.*

Com esses registros, é possível construir-se a história da Câmara dos Deputados, pois os apanhamentos taquigráficos, ao serem realizados diariamente, podem ser consultados a qualquer momento, a fim de buscar informações sobre fatos passados que caracterizam a história dos parlamentares, dos partidos, da Casa, dos processos produzidos e sua consequência para a sociedade como um todo.

Com base nos registros taquigráficos, se reconhece a importância das discussões trazidas no plenário com a presença dos membros do colegiado com efeitos “*ex tunc* e *ex nunc*”.

O efeito “*ex tunc*” da decisão serve justamente para confirmar o passado, lembrando de discussões anteriores e pacificando certo posicionamento numa jurisprudência.

O efeito “*ex nunc*” serve justamente para impactar no futuro, uma vez que tendo por base outros julgamentos e antigos posicionamentos, entendeu-se que naquele caso ou a partir dele, seria adotado um novo entendimento que deverá repercutir nos próximos casos.

Dessa forma, é através das discussões que se confirma, infirma ou transforma o posicionamento numa jurisprudência, numa súmula e num precedente, sendo elucidativa para o trabalho dos advogados/procuradores como para os Ministros membros do colegiado,

para saberem o porquê em determinado caso se posicionaram à favor ou contra.

A presença das notas taquigráficas do julgamento são partes integrantes e essenciais no julgado para todos os operadores do direito, tendo uma função de publicidade e motivação das decisões judiciais, fatores elencados no caput do art. 37 da Constituição Federal<sup>[6]</sup> quanto no art. 489, do CPC<sup>[7]</sup>.

O simples apertar de um botão em sim ou não (justificando a divergência), traz celeridade, mas ao mesmo tempo se perde em conteúdo.

O STF, por exemplo, é vulgarmente denominado no meio jurídico de “as 11 ilhas do Supremo”, tendo em vista que cada Ministro possui um entendimento bastante singular a respeito de cada questão jurídica.

Justamente por isso, acredito que o Plenário Virtual ganha pontos positivos na questão da celeridade, mas ao mesmo tempo sofre pesadas derrotas no campo do conteúdo dos julgados.

Isso pode ser visto com extrema facilidade no plano da concretude, pois muitas vezes os Ministros apesar de no final votarem seguindo o Relator, gostam de expor suas opiniões para o engrandecimento do debate em conjunto com os membros do colegiado, para que os mesmos enfrentem profundamente o tema, esgotando-o para melhor fixação do posicionamento e, inclusive, evitando um embargos de declaração por alguma possível omissão.

Perde-se assim a oportunidade de incrementar as decisões, indo a fundo aos temas, confirmando, infirmando ou transformando a jurisprudência, pois melhor que um processo célere é a questão da previsibilidade das relações causadas pela segurança jurídica dos posicionamentos com tranquilidade para elucidar as questões.

A busca da celeridade por novas tentativas de atenuar a morosidade judicial não pode suprimir as questões essenciais do próprio procedimento.

#### **IV - DA SUSTENÇÃO ORAL NO PLENÁRIO VIRTUAL**

O Professor Paulo de Barros Carvalho define o estudo da teoria geral do direito fazendo uma analogia com o processo da linguagem, dessa forma, seguindo seu entender o Direito seria proveniente da linguagem técnica normativa, que se subdivide em normas de conduta, impondo o comando legal de fazer ou não fazer, e normas de estrutura que incidem no próprio ordenamento para sua constituição ou aprimoramento do mesmo.

De posse disso, não há dúvidas de que o operador do direito trabalha com a linguagem, quanto mais linguagem se consegue expressar sobre determinados fenômenos, mais conhecimento se detém sobre o mesmo.

Assim, o advogado com o aperfeiçoamento de sua oratória aliada a seu saber do direito convertido em linguagem técnica, possui as ferramentas necessárias para correta e brilhante atuação profissional.

A sustentação oral quando usada de forma estratégica pode ser o diferencial entre a perda e o ganho de uma causa. O causídico possui mais uma chance de convencer os julgadores que determinada interpretação seria a melhor aplicada ao caso concreto, ou até mesmo para esclarecer questões de fato, importantíssimas no momento para não demandarem uma suspensão do julgado ocasionando mais morosidade.

O julgamento realizado pelo Plenário Virtual além de não permitir a discussão entre os membros do colegiado, não prevê a sustentação oral ou sequer a participação do advogado na sessão virtual.

A saída para os procuradores que estejam com processos pautados para o plenário virtual é o requerimento expresso de



intervenção profissional, elencada no at. 124, parágrafo único do regimento do STF, possibilitando então que o julgamento seja convertido no “clássico modelo presencial.”

#### **V- CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que apesar da impulsão da celeridade processual que é promovida com a ferramenta, melhorando o estigma da morosidade exacerbada que impregna o Poder Judiciário, manchando sua reputação e influenciando, inclusive, na cultura e no cotidiano dos cidadãos, a manutenção de tal posicionamento pode empobrecer as discussões e afetar o teor técnico das futuras jurisprudências.

Acredito veemente que as discussões que poderiam ser realizadas em sessões clássicas de forma presencial com todos os sujeitos ativos trariam uma maior definição da *ratio decidendi* dos julgados, fator de extrema importância trazida pelo novo CPC.

As notas taquigráficas, por exemplo, importantíssimo para entender o porquê de tal discussão num determinado contexto histórico e compreendendo um pouco mais os posicionamentos dos diversos julgadores, será perdida sem a discussão na presença do Plenário Virtual.

A discussão dos julgadores funciona como uma efetivação prática de vários princípios: i) princípio da colegialidade; ii) princípio do duplo grau de jurisdição; princípio do devido processo legal; iv) princípio da ampla defesa; v) princípio da publicidade; vi) princípio da motivação das decisões judiciais.

Com a devida vênia aos entendimentos contrários com respaldo na civil - law, advogo no sentido de que a Jurisprudência é uma verdadeira fonte do Direito positivo, principalmente com o novo caminho adotado pelo CPC guiado pela força dos precedentes Judiciais, ganhando cada vez mais notoriedade.

Por tamanha importância e lembrando-se novamente do provérbio “com grandes poderes, surgem grandes oportunidades” as discussões internas entre os Ministros têm força impactante pros futuros posicionamentos judiciais, devendo ter melhor atenção na hora das discussões para devida motivação e publicidade, servindo, inclusive, pros próprios julgadores revisarem suas posições anteriores e se convencerem ou formar novos entendimentos para confirmar, infirmar ou transformar a jurisprudência.

## **VI - REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Ana Fernanda Ayres Delosso e Domitila Kohler, Revista Conjur, acessada em 06/03/17, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-05/julgamento-virtual-passo-monocratizacao-tribunais>

JÚNIOR, Asdrubal. Sustentação oral. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 648, 17 abr. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6437>>. Acesso em: 6 abr. 2017

Ramalho, Ana Cristina de Macêdo. A importância do registro taquigráfico para o processo legislativo [manuscrito] / Ana Cristina de Macêdo Ramalho. -- 2007. 111 f.

Revista Exame, acessada em 06/03/2017, disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/quanto-tempo-a-justica-do-brasil-leva-para-julgar-um-processo/>.

RODIGHERI, André. Jurisprudência como fonte do direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VII, n. 17, maio 2004. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3965](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3965)>. Acesso em abr 2017.

Scocuglia, Livia; Como funciona o Plenário Virtual do STF, JOTA, acessado em: 06/04/2017, disponível em: <<https://jota.info/justica/como-funciona-o-plenario-virtual-stf-29072016>>

NOTAS:

[1] Revista Exame, acessada em 06/03/2017, disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/quanto-tempo-a-justica-do-brasil-leva-para-julgar-um-processo/>.

[2] Revista Conjur, acessada em 06/03/17, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-05/julgamento-virtual-passo-monocratizacao-tribunais>

[3] Jus Brasil, acessado em 06/07/2017, disponível em: <https://incontinentesoleta.jusbrasil.com.br/artigos/217053924/o-principio-da-colegialidade>

[4] art. 60, §4º, IV, da CF.

[5] Ramalho, Ana Cristina de Macêdo . A importância do registro taquigráfico para o processo legislativo [manuscrito] / Ana Cristina de Macêdo Ramalho. -- 2007. 111 f. acessado em 06/03/2017, disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/importancia\_registro\_ramalho.pdf.

[6] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

[7] Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

## LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS: UMA NOVA FORMA DE PRESERVAÇÃO SOCIOAMBIENTAL E FORTALECIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

**FELIPE DE IVANOFF:** Mestrando em direito na Faculdade Meridional (IMED). Bolsista PROSUP/CAPES vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional (PPGD/IMED). Especialista em Direito Tributário.

**Resumo:** A preocupação com a preservação do meio ambiente tornou-se um assunto de grande destaque nas sociedades contemporâneas. Uma conclusão comum é a de que o meio-ambiente é um provedor de recursos finitos e, por este motivo, deverá ocorrer uma adequação nas formas de exploração. Dessa forma, o meio ambiente já recebeu status de Direito Fundamental e, conseqüentemente, passou a ser objetivo dos Estados Democráticos de Direito a sua proteção. Tendo em vista que se trata, inclusive, de uma forma de defesa dos ideais democráticos, promover um desenvolvimento sustentável é uma obrigatoriedade estatal, sendo a licitação sustentável uma ferramenta viável para cumprir este papel. O presente trabalho tem como objetivo abordar a sustentabilidade como um requisito para o procedimento licitatório. Para tanto, foi efetuada uma pesquisa bibliográfica através do método indutivo que buscou responder se a sustentabilidade pode ser considerada um elemento obrigatório a ser considerado nos processos licitatórios, trabalhando-se com a hipótese positiva. Assim, abordou-se de forma separada o Estado Democrático de Direito, o meio ambiente como direito e dever fundamental e a sustentabilidade. Ao final, estes assuntos foram condensados para ser possível afirmar que as licitações sustentáveis são, sim, um instrumento eficiente e possível na luta para privilegiar-se um desenvolvimento sustentável.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito; Direito Fundamental ao Meio Ambiente Sustentabilidade; Licitações sustentáveis;

## 1- Introdução.

Vive-se em um tempo de alta velocidade e intenso consumo. É preciso produzir cada vez mais, pois o consumo segue aumentando. Este círculo de produção-consumo-produção estava deixado em segundo plano importantes discussões acerca de questões fulcrais desse processo que tem como objeto os ecossistemas, a biosfera, enfim, o meio ambiente como um todo.

É voz corrente que deve acontecer uma conjunção de interesses, públicos e privados, na direção da *sustentabilidade*, ou seja, permitir a fruição de todo o conforto material possível hoje, sem se descuidar do bem estar das gerações futuras. Só que, para isto acontecer, o novo paradigma de *desenvolvimento sustentável* deve ser assimilado pelos agentes, tanto da cadeia produtiva como da de consumo, especialmente empresas e Estado.

A aparente dissociação que coloca, de um lado, uma sociedade de consumo com demandas cada vez mais frenéticas e, de outro, um meio ambiente com recursos sabidamente limitados e necessitando de urgentes ações no sentido de ser preservado, é que inspirou a realização do presente estudo. Será feita uma abordagem das licitações públicas e a força que tem o Estado de, por meio deste instrumento, promover em conjunto com seus fornecedores, a entrega às gerações futuras, de um meio ambiente compatível com o que a geração atual tem à sua disposição.

Partindo do pressuposto que vivemos em um Estado Democrático de Direito que, por causa disso, tem como objetivo o respeito e a promoção dos direitos fundamentais e tratando o direito ao meio ambiente como fundamental, defende-se que a sustentabilidade passe a ser um requisito das licitações.

O propósito deste trabalho é trazer à reflexão a inafastável responsabilidade do Estado e, por consequência, de seus governos, de operacionalizarem seus contratos e aquisições em perfeita simbiose com o *desenvolvimento sustentável*. Isto fará com que a administração

pública não se limite somente a destinar os seus recursos para comprar e contratar junto aos seus fornecedores, prestadores de serviço, mas que exija destes uma reciprocidade compatível com os melhores princípios de sustentabilidade.

Para isto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica através do método indutivo e procedimento analítico-descritivo, com o intuito de apresentar um panorama geral referente à necessidade – definida constitucionalmente – que o poder estatal – na forma do Estado Democrático de Direito – tem de buscar a preservação e a promoção dos direitos fundamentais, em especial, para este trabalho, do direito ao meio ambiente.

## **2- Do Estado Democrático de Direito**

Após o obrigatório avanço verificado na questão relativa às garantias sociais trazidas pelos Estados Liberal e Social de Direito, foram a eles adicionados os ideais democráticos, gerando um Estado mais complexo do que os modelos anteriores, já que além de primar pela defesa dos direitos fundamentais, a entidade estatal passou a permitir uma maior participação do povo. Dessa forma surgiu o Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito acabou ampliando consideravelmente, portanto, a realidade existente no Estado Social de Direito. Em vez de ter como única preocupação melhorar as condições materiais de vida dos cidadãos, os pressupostos democráticos como a participação popular passaram a vigor. Os valores da democracia foram irradiados de forma ampla e serviram como principal alicerce do Estado. Além disso, foi a partir das democracias constitucionais que as cartas constitucionais ganharam maior importância. (STRECK e MORAIS, 2004, p. 93)

Com relação às características das democracias praticadas nestes Estados, pertinente ressaltar que não deve ser vista como um ideal, como um valor a ser buscado. A democracia deve ser interpretada como um procedimento a ser adotado e respeitado por todos.

Em sociedades absolutamente heterogêneas e plurais não há como se exigir uma igualdade de pensamento, uma

homogeneidade na forma que todos os seus componentes interpretam os mais diversos assuntos. O que se exige é que haja um respeito recíproco quanto às regras a serem observadas no momento da tomada das decisões coletivas, de forma que a democracia seja vista como o melhor procedimento existente:

Um projeto de democracia radical e plural tem de conciliar-se com a dimensão de conflito e antagonismo da política e tem de aceitar as consequências da irreduzível pluralidade de valores. Deve ser este o ponto de partida da nossa tentativa de radicalizar o regime democrático-liberal e de alargar a revolução democrática a um número crescente de relações sociais. Em vez de fugir da componente de violência e hostilidade inerente às relações sociais, a tarefa consiste em pensar em como criar as condições nas quais essas forças agressivas podem ser diluídas e canalizadas, de forma a tornar possível uma ordem democrática pluralista. (MOUFFE, 1993, p. 203)

Neste contexto, a democracia como melhor regime a ser adotado pelo Estado pode ser justificada da seguinte forma:

Uma justificativa mais razoável para a democracia, portanto, seria a de que, num grau substancialmente maior que qualquer alternativa, um governo democrático proporciona um processo ordeiro e pacífico através do qual a maioria dos cidadãos pode induzir o governo a fazer o que eles mais querem que ele faça ou a evitar fazer o que eles menos querem que ele faça. (DAHL, 2012, p. 148)

A partir do privilégio à democracia presencia-se uma mudança na interpretação da relação sujeito versus estado, alterando-se a própria concepção a respeito de quais são realmente as necessidades dos cidadãos. Ocorre uma transformação da realidade no que tange a implementação do valor da igualdade na sociedade, uma vez que é característica da



democracia. Há o intuito de “assegurar aos cidadãos as condições mínimas de vida não por meio da intervenção estatal, mas do fomento e implementação dos valores democráticos.” (SBARDELOTTO, 2001, p. 40/41)

Para Dallari, os princípios que norteiam os Estados Democráticos são: *supremacia da vontade popular*, no sentido de o povo ter maior participação no governo; *a preservação da liberdade*, sendo esta o poder que o cidadão possui de fazer o que bem entender, desde que não interfira nas liberdades dos outros; e *igualdade de direitos*, vista como uma proibição de tratamentos desiguais na fruição dos direitos. (DALLARI, 2005, p. 150/151)

Por sua vez, Moraes e Streck referem que o Estado Democrático de Direito é caracterizado, também, por outros princípios que servem como pré-requisitos existenciais, quais sejam: *constitucionalidade*, pois há a obrigação de ser formulada uma Constituição que sirva como a lei maior do ordenamento jurídico interno; democracia como modelo político, tendo o povo direito a intervir no governo; *sistema de direitos fundamentais*, ou seja, o dever de o Estado respeitar os direitos fundamentais do ser humano; *justiça social* como instrumento regulador das desigualdades; *igualdade entre os componentes da sociedade*; *divisão dos poderes do Estado*; *legalidade*, vinculando as ações estatais à lei, excluindo as arbitrariedades; *segurança e certeza jurídicas*. (STRECK e MORAIS, 2004, p. 93)

Com relação a normas, como mencionado, esta modalidade estatal encontra na Carta Constitucional a sua mais forte lei, cuja valoração supera as demais. Para Canotilho, a Constituição detém força e supremacia “quer porque ela é fonte da produção normativa (*norma normarum*) quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (*superlegalidade material*) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os atos estatais.” (CANOTILHO, 2003, p. 890)

A lei constitucional vincula, portanto, todas as demais normas a partir da sua entrada em vigor, servindo de alicerce legal e principiológico para a formulação de novas leis, da mesma forma

que aquelas já existentes devem estar de acordo com as suas determinações.

É correto afirmar que a constituição conecta e delimita toda a atuação estatal, seja por parte do Poder Legislativo, que deve respeitá-la indiscriminadamente na formulação de novas leis, seja por parte do Poder Judiciário, o qual, por ser o palco dos embates jurídicos, deve realizar – juntamente com todos os juristas - aquilo que Lenio Streck chama de “tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo”: o enfrentamento das questões atinentes à forma de interpretação, de aplicação e, acima de tudo, da possibilidade de se alcançar respostas constitucionalmente adequadas às mais diversas situações. (STRECK, 2009, p.1)

Pode-se afirmar, portanto, que os Estados Democráticos de Direito são aqueles regidos por uma carta constitucional, que respeitam o processo democrático como sendo a melhor forma para a tomada de decisões coletivas e que promovem uma grande gama de direitos fundamentais que estão intimamente ligados com a manutenção e subsistência da própria modalidade estatal. O raciocínio é, portanto, óbvio: sem a promoção/preservação dos direitos fundamentais e sem a observância das instituições democráticas, não há, obviamente, um Estado Democrático de Direito.

Feito este registro e considerando-se sempre que vivemos em um Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição Federal e que deve, por normas institucionais, preservar a democracia e tudo o que ela representa, é possível prosseguir e começar a abordar o direito fundamental ao meio ambiente.

### **3- O meio ambiente como direito fundamental.**

Conforme relatado no tópico anterior, as democracias constitucionais ampliaram o leque de direitos a serem garantidos pela entidade estatal. Estes direitos, que podem ser chamados de fundamentais, estão expressamente previstos na carta constitucional e seu respeito é um dos principais objetivos do Estado Democrático de Direito.

Para facilitar o estudo dos direitos fundamentais, alguns doutrinadores optaram por separá-los em 3 gerações. Os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles que dizem mais respeito ao cidadão como indivíduo. Representam limites à intervenção estatal, que não pode ter ingerência sobre determinados assuntos, como por exemplo o direito à liberdade de crença[1] e à inviolabilidade de domicílio[2]; nos direitos fundamentais de segunda geração, em vez do Estado não poder interferir, exige-se uma atuação estatal positiva para garanti-los. Os direitos fundamentais sociais estão presentes nesta categoria, tais como os direitos à saúde e à educação[3]; por fim, os direitos de terceira geração caracterizam-se por terem uma titularidade difusa ou coletiva, ao contrário dos direitos individuais e sociais. Justamente aqui que se enquadra o direito ao meio ambiente. (MENDES, 2014, p. 150/151)

Aliás, a interpretação do direito ao meio ambiente como efetivamente um direito fundamental encontra amplo respaldo doutrinário:

É pacífico o reconhecimento de que o art. 225 estabelece um autêntico direito fundamental, já que o catálogo destes, no sistema da Carta brasileira, é materialmente aberto (art. 5º, §2º), o que faz com que tais direitos não precisem, necessariamente, fazer parte do título II da CF. Como expressão do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado estende e reforça o significado dos direitos à vida (art. 5º, caput) e à saúde (arts. 6º, 196 e s.), além da dignidade da pessoa humana (art. 1, III), para garantir uma vida saudável e digna a ser vivida que propicie o desenvolvimento humano, antes da mera sobrevivência.

A consagração de um direito fundamental ao ambiente na Constituição do País significa

uma importante decisão axiológica em favor de um bem imaterial, cuja efetiva proteção depende da cooperação dos diferentes atores sujeitos às respectivas obrigações legais. Tornam-se imprescindíveis também profundas alterações no uso dos instrumentos normativos e administrativos bem como nas próprias atitudes de compreensão dos conflitos envolvidos, a partir da perspectiva de solidariedade (benefícios e responsabilidades comuns).(CANOTILHO, MENDES, SARLET e STRECK, 2013, p. 425)

Não cabe, portanto, discussão referente à condição do meio ambiente como direito fundamental. Não bastasse o entendimento doutrinário, o *caput* do art. 225 da Constituição Federal prevê o seguinte:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ainda, dentre as disposições relativas à Ordem Econômica, a Constituição subordina as atividades nesta área a diversos princípios, dentre os quais o da defesa do meio ambiente, conforme seu artigo 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o

impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

Estes dispositivos constitucionais trazem, de forma implícita, o princípio da sustentabilidade, que será abordado no item seguinte, uma vez que pregam a ideia de desenvolvimento ligado à preservação do meio ambiente.

Atente-se para o fato de que ao mesmo tempo em que a Constituição prevê que um meio ambiente equilibrado é um *direito* protegido pelo Estado, está presente no texto o *dever* que todos os cidadãos tem de respeito e preservação do meio ambiente. Isto faz com que, além de um *direito fundamental*, o meio ambiente seja considerado um *dever fundamental*.

Uma das características da democracia e, por consequência, das democracias constitucionais, é a existência de uma reciprocidade nas relações indivíduo *versus* indivíduo e indivíduo *versus* Estado. Por este motivo, o *caput* do art. 225 acima mencionado é bastante claro ao definir que além de um direito, a preservação do meio ambiente é, igualmente, um dever de todos.

Com efeito, já foi assentado que os direitos fundamentais, além de dizerem respeito à tutela e promoção da pessoa na sua individualidade, considerada como titular de direitos, representam valores da comunidade no seu conjunto, valores estes que o Estado e a sociedade devem respeitar, proteger e promover. É neste sentido que não se deveria esquecer que direitos (fundamentais ou não) não podem ter uma existência pautada pela desconsideração recíproca (CANOTILHO, MENDES, SARLET e STRECK, 2013, p. 425).

Dessa forma, tendo em vista que se trata de um direito e um dever fundamentais, a preservação do meio ambiente deve ser promovida através de mecanismos eficientes, como forma de fazer valer o que consta expresso no texto constitucional.

Como uma maneira de promoção e preservação do meio ambiente, surge a questão referente à sustentabilidade, que pode ser considerada um princípio, como um requisito a ser observado nas mais diversas situações, especialmente, para o presente artigo, nos processos licitatórios.

#### **4- Da sustentabilidade.**

A sustentabilidade é, no atual momento, uma discussão das mais realizadas. Klaus Bosselmann inclusive introduz sua obra “O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança” afirmando que a “sustentabilidade viva é a ideia do momento”. (BOSELNANN, 2015, p. 18)

Há registros de que a ética sustentável tenha origem ainda no período do iluminismo, em contexto de crise ambiental causada pelo grave desmatamento realizado na Europa. Neste cenário, John Evelyn publicou, em 1.664, um relatório ambiental no qual definiu que os homens deveriam sempre plantar árvores, para que as gerações futuras pudessem tê-las a seu dispor, reconhecendo a responsabilidade com as gerações vindouras. (BOSELNANN, 2015, p. 34/35)

Por sua vez, o termo “sustentabilidade” foi cunhado pelo cientista florestal Hans Carl Von Carlowitz, em 1714. Ao abordar o cultivo de árvores, tinha como pretensão demonstrar de que forma “a conservação e o cultivo de madeira podem ser geridos de modo a proporcionar o uso continuado, duradouro e sustentável” (BOSELNANN, 2015, p. 36).

Fazendo-se um salto temporal para meados do século XX, é possível que o interesse mundial acerca da sustentabilidade advenha da constatação de que a humanidade explorava irracional e inconsequentemente os recursos finitos do planeta. Mantendo-se assim, em dado momento ocorreria inexoravelmente um choque entre as demandas humanas e a capacidade de resposta que o planeta, na sua condição de provedor de bens, das mais variadas espécies e gêneros, teria condição de dar.

Ou seja, o conflito entre as necessidades humanas e aquilo que o planeta Terra tem condições de produzir seria instalado, com previsíveis consequências nefastas para a vida terrestre.

A par dessas constatações, uma nova consciência para a sustentabilidade, ou a adoção de um novo paradigma de tratamento dos ecossistemas, diferente do até então vigente, sem a menor preocupação com os danos ambientais causados pelo progresso, passa a ser tema das agendas mundiais. Esse despertar deu-se na Conferência de Estocolmo, em 1972, conforme reconheceu Maurice Strong, no prefácio da obra “Estratégias de Transição para o Século XXI”, ao mencionar que:

O desenvolvimento e o meio ambiente estão indissolavelmente vinculados e devem ser tratados mediante a mudança do conteúdo, das modalidades e das utilizações de crescimento. Três critérios fundamentais devem ser obedecidos simultaneamente: equidade social, prudência ecológica e eficiência econômica.

Este conceito normativo básico emergiu da Conferência de Estocolmo, em 1972. Designado à época como “abordagem do codesenvolvimento” e posteriormente renomeado “desenvolvimento sustentável”, o conceito vem sendo continuamente aprimorado, e hoje possuímos uma compreensão mais aprimorada das complexas interações entre a humanidade e a biosfera. (STRONG *in* SACHS, 1993, p. 7)

A ressalva acima de que o conceito de sustentabilidade se aprimora com o passar do tempo é interessante e verdadeira, pois é efetivamente algo de complexa definição. No entanto, pertinente mencionar que os três critérios referidos para o desenvolvimento sustentável continuam vigentes e são imprescindíveis: equidade social, prudência ecológica e eficiência econômica.

Por isso, mesmo sendo necessário reconhecer que “ou existe desenvolvimento sustentável ecológico ou não existe

desenvolvimento sustentável algum” (BOSELNANN, 2015, p.42), já nos anos de 1970 se admitia que a sustentabilidade não possui apenas um viés ecológico; tem, também caráter social e econômico.

Em 1987 foi publicado o Relatório Brundtland, conhecido como “Nosso Futuro Comum”, oriundo da [Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento](#), onde ratificou-se formalmente o que se havia constatado na Conferência de Estocolmo quanto à gravidade do modelo de desenvolvimento adotado pelo chamado primeiro mundo e, na sequência, reproduzido pelos países emergentes.

O relatório alerta para os riscos do uso excessivo dos [recursos naturais](#) sem considerar a capacidade de resistência dos [ecossistemas](#), e, por fim, propõe o desenvolvimento sustentável, que é “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades”. No tocante à relevância de se recuperar a defasagem dos meios legais em relação à proteção ambiental, o Relatório Brundtland diz que

O direito nacional e internacional está cada vez mais defasado devido ao ritmo acelerado e à dimensão crescente dos impactos sobre a base ecológica do desenvolvimento. Por isso, cabe aos governos: preencher as grandes lacunas que o direito nacional e internacional apresentam no tocante ao meioambiente; buscar meios de reconhecer e proteger os direitos das gerações presentes e futuras a um meio ambiente adequado a sua saúde e bem estar; elaborar, sob os auspícios da ONU, uma Declaração universal sobre a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável, e posteriormente uma Convenção; e aperfeiçoar os mecanismos para evitar ou solucionar disputas sobre questões relativas ao meio



ambiente e à administração de recursos.  
(NOSSO FUTURO COMUM, 2015, p. 64)

No entanto, apesar de avanços importantes representados por este relatório, impende ressaltar que nele foi cunhado o conceito de desenvolvimento sustentável, que é distinto, por sua vez, do princípio da sustentabilidade. Aquele advém deste. O desenvolvimento sustentável deve sua perfectibilização ao princípio da sustentabilidade. (BOSELNANN, 2015, p. 64)

O princípio da sustentabilidade encontra-se na solidariedade, na consideração e responsabilidade com as gerações futuras, no fato de não poder haver relação de dominação nas relações entre humanos e não-humanos. Em outras palavras, a sustentabilidade possui vinculação com valores e princípios éticos, relacionados com justiça, e determina não ser aceitável viver às custas das gerações futuras. (BOSELNANN, 2015, p. 25)

O Relatório Brundtland nada mais é que “um apelo por justiça distributiva global entre (a) ricos e pobres, (b) natureza das pessoas que vivem hoje e no futuro e (c) seres humanos” (BOSELNANN, 2015, p. 50). Isto é, direciona seu foco exclusivamente em evoluir de maneira sustentável, o que, frise-se, representou uma inovação, e define o desenvolvimento sustentável como aquele “que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem suas próprias necessidades.” (NOSSO FUTURO COMUM, 1991, p. 46)

Fato é que o Relatório Brundtland possuía, implicitamente, a sustentabilidade ecológica, ainda que reconhecesse ser possível buscar uma solução para que as demandas econômicas e exploratórias globais continuassem sendo atendidas.

A necessidade de observância destas diretrizes sustentáveis é bem resumida a partir de previsões que demonstram um real temor de extinção da vida humana em decorrência da degradação do planeta Terra, reforçando que a relação entre humanos e a biosfera seja mais benfazeja:

Ao que tudo indica, nos próximos milhões de anos, o planeta não será extinto. A

*humanidade é que corre real perigo. A gravidade das questões ambientais encontra-se, no presente estágio, isenta de dúvidas, em pontos fulcrais. O peso dessa ou daquela causa, sim, pode ser debatido, mas a crise ambiental é indesmentível. Negar, nessa altura, os malefícios dos bilhões de toneladas de gases tóxicos (com enormes custos associados) parece atitude despida de mínima cientificidade.*

Provavelmente, trata-se da primeira vez na história, salvo risco de guerra nuclear, que a humanidade simplesmente pode inviabilizar a sua permanência na Terra, por obra e desgraça, em larga escala, do seu estilo devorante, compulsivo e pouco amigável. O alerta está acionado. (FREITAS, 2012, p. 23/24)

Não se trata de uma visão absolutamente negativa do autor quanto à realidade atual em relação à sustentabilidade, mas, apenas que, apesar de todo o esforço dos últimos (aproximadamente) quarenta anos, é como se as ações que visem à compatibilidade entre preservação e exploração não andem no mesmo ritmo, sendo o da última, mais acelerado.

Há quem defenda que a humanidade não pode continuar buscando crescimento na forma de desenvolvimento econômico, pois a capacidade de regeneração do planeta Terra não acompanha o ritmo da exploração, ou seja, “o homem transforma os recursos em resíduos mais rápido do que a natureza consegue transformar esses resíduos em novos recursos” (LATOUCHE, 2009, p. 27). Por isso, imperiosa a quebra deste paradigma exploratório, que funcione como mudança cultural, em que se busque decrescer, de modo a se fazer mais e melhor, com menos. (LATOUCHE, 2009, p. 40 e 76)

Ocorre que a sustentabilidade do planeta e da sociedade em seu conjunto requer a gestão de diferentes tipos de riscos de alto impacto, buscando proteger os bens que podem ser afetados, por exemplo, por

novas tecnologias. Por isso se somam como questões de primeira ordem as novas construções jurídico-éticas próprias da evolução do direito ambiental, da bioética, do biodireito e principalmente da análise do novo papel do Estado Social de Direito. (FRUGONI, 2013, p. 223)

Assim, o que se almeja com o desenvolvimento sustentável, é que se reflita cada vez mais positivamente na vida das pessoas, que os avanços tecnológicos e econômicos sejam determinantes apenas para uma vida mais fácil e não para a satisfação de caprichos humanos. Além disso, a relação entre ser humano e planeta Terra não pode ser de dominação. Aquele deve obrigatoriamente respeitar os ciclos regenerativos desta, ao invés de tratá-la como um mero objeto que produz recursos para seu bel prazer, bem como deve ser reconhecido que ambos possuem uma ligação de afinidade e, por que não, dependência mútua.

Infelizmente, à primeira vista se vive um momento em que não há mais opção. Ou se assume uma postura efetivamente sustentável, com o reconhecimento disto pelos humanos e pelas entidades estatais, ou se caminha a passos largos para a destruição. Por mais alarmista que possa parecer este discurso, é o que a realidade tem demonstrado. Assim, a sustentabilidade e o seu *modus operandi* mais admitido, desenvolvimento sustentável, devem representar uma quebra de paradigma no modelo exploratório que certamente inviabilizará a sobrevivência das futuras gerações.

Para tanto, o direito, mesmo não sendo uma solução perfeita, pode ser um caminho interessante a ser seguido<sup>[4]</sup>, a partir do reconhecimento da sustentabilidade como princípio jurídico<sup>[5]</sup> dotado de força cogente e, desta forma, passível de exigibilidade judicial.

#### **5- Da sustentabilidade como critério nas licitações.**

A Administração não dispõe de recursos próprios ou disponíveis com os quais possa lidar discricionariamente, mas opera recursos públicos, advindos diretamente das arrecadações tributárias. Por conta disso, não detém autonomia para celebrar de forma inteiramente

independente contratos que visam adquirir, vender, ceder, locar ou contratar obras, serviços ou produtos. Quando o faz, a Administração deve prestar contas à sociedade e observar uma série de princípios e procedimentos previstos em lei.

A Licitação é o instrumento da Administração com o qual o Estado adquire bens, produtos e serviços cujo destino são os administrados e pelo qual se busca garantir o maior benefício relativamente ao preço e qualidade (princípio da proposta mais vantajosa para a Administração). Além disso, deve buscar garantir aos interessados o abrigo do princípio da *isonomia*, propiciando uma posição de igualdade aos participantes do certame e, assim, dando eficiência e moralidade aos procedimentos Administrativos.

O processo licitatório deve respeitar, além de critérios legais específicos, uma série de princípios previstos na Constituição Federal – especialmente no art. 37 – e na lei das Licitações – Lei 8.666/93. São os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, isonomia, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Entretanto, além dos requisitos formais constantes na lei ordinária e dos princípios mencionados acima, deve-se começar a definir também a sustentabilidade como um dos critérios a serem observados no processo licitatório, já que se trata de um interesse primordial da sociedade – além de um direito fundamental – a preservação do meio ambiente.

A justificativa para esta exigência é bastante simples:

As contratações sustentáveis serviriam para que os fornecedores da Administração Pública pudessem reproduzir comportamentos de preservação ao meio ambiente. Por isso, o Estado conseguiria por força do seu consumo impulsionar o desenvolvimento e, ao mesmo tempo, realizar a proteção do meio ambiente com a progressiva

transformação da atitude de seus fornecedores em prol da sustentabilidade. (MORAIS e BRIDI, 2015, p. 10)

Ainda que não exista na legislação pertinente uma abordagem profunda referente à sustentabilidade, verifica-se que já está havendo inovações normativas e práticas convergindo para o seu respeito no processo licitatório.

A lei das licitações, no mesmo artigo 3º que trata dos princípios a serem observados durante o processo, aborda expressamente a sustentabilidade como um dos seus objetivos:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a ***promoção do desenvolvimento nacional sustentável*** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifo nosso)

Além disso, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão baixou o Decreto 7.746/2012 e a Instrução Normativa n. 01, de 19 de janeiro de 2010, que apresentam regras de fomento à sustentabilidade nas licitações.

Na Instrução Normativa é possível encontrar diretrizes específicas para a abordagem da sustentabilidade como requisito de licitação. No art. 3º consta que nas licitações do tipo melhor técnica ou técnica e preço, haverá estabelecimento de critérios objetivos de sustentabilidade ambiental.

Dentre outras determinações, as contratações devem privilegiar obras públicas sustentáveis, cujas características estão no art. 4º; quando se tratar da aquisição de bens, por exemplo, deve-se privilegiar produtos reciclados ou com certificação de proteção ao meio ambiente; e, com relação à prestação de serviços, o art. 6º exige que os licitantes sejam adeptos de práticas sustentáveis, como evitar o desperdício de água tratada.

No Decreto 7.746, que regulamente o anteriormente mencionado art. 3º da lei 8.666, são definidas as regras para que a Administração Pública Federal efetue contratações tendo a sustentabilidade como parâmetro. No art. 4º deste decreto se verifica um rol de formas de sustentabilidade que podem ser exigidos nos editais licitatórios.

Se, por um lado, ainda não existe no ordenamento jurídico pátrio uma legislação ampla e específica capaz de por si só obrigar a Administração a realizar suas compras e contratações baseadas em critérios sustentáveis, há todo um entendimento doutrinário no sentido de indicar que as ordens constitucionais e a Lei das Licitações são suficientemente claras neste sentido. Isto porque reiteradas vezes afirmam que os gastos públicos devem atender aos critérios de sustentabilidade.

Mesmo os argumentos de que procedimentos ou condicionantes favoráveis às ecocompras colocam sob dúvida a legalidade dos editais que privilegiam determinados critérios – de sustentabilidade –, por alijar da concorrência competidores incapazes de ofertar produtos com as especificidades apregoadas (princípio da isonomia), são insuficientes para afastar as *cláusulas verdes*.

No entanto, o que é constitucionalmente vedado através do princípio da isonomia é a realização de favorecimento arbitrário a determinados licitantes travestido de critérios específicos. A sustentabilidade não se verifica desta forma. Ela é uma exigência da coletividade, demonstrando-se uma condição pertinente e relevante para as licitações, encontrando, inclusive, respaldo constitucional e infra-

constitucional. Por isso, não há qualquer impedimento para que se preserve a sustentabilidade nos procedimentos licitatórios. (BIN, 2011, p. 185).

Este entendimento encontra respaldo jurisprudencial. Questionado o Supremo Tribunal Federal acerca da legalidade de exigência de licença ambiental em licitação promovida pelo Estado de Minas Gerais, assim se pronunciou o Ministro Gilmar Mendes:

Tal exigência não ofende a igualdade de condições entre os concorrentes, permite a competitividade entre os interessados, imprescindível na licitação, e abarca os princípios da impessoalidade e igualdade ou isonomia, a serem observados pelo administrador público.

Sendo assim, a exigência hostilizada pela apelante não atenta contra os princípios que regem a atividade licitatória; pelo contrário, tende a promover a defesa e preservação do meio ambiente, que é um dever precípua do Poder Público e da coletividade (art. 225 da CF/88), de competência comum a todos os entes federados (art. 23, VI da CF/88). (AI 83782/MG – MINAS GERAIS – AGRAVO DE INSTRUMENTO – JULGAMENTO: 15/02/2011)

Portanto, ao que se vê, as licitações sustentáveis têm a seu favor uma contundente argumentação, que vai desde robusta legislação de cunho geral, apoiada por forte convicção doutrinária, além de práticas efetivas em compras estatais e, por fim, o respeitável posicionamento da mais alta Corte do país.

Não há fundamento suficientemente forte para justificar a inobservância de práticas sustentáveis nos processos licitatórios. Muito pelo contrário, os principais argumentos e justificativas corroboram fortemente a ideia aqui apresentada, isto é, de que o princípio da

sustentabilidade deve ser efetivamente observado pela administração pública no momento de organizar e presidir as licitações.

## 6- Considerações Finais

Apesar de todos os argumentos favoráveis, as licitações sustentáveis ainda estão longe de ser uma prática usual. Infelizmente encontram resistência ou, simplesmente, não despertaram o interesse devido.

É possível que haja um receio da Administração pública de que infindáveis recursos de licitantes sejam interpostos alegando a existência de itens que se colocam contra a isonomia entre os participantes, pois, com certeza, alguns não estão preparados para a *reciprocidade ecológica*.

Também é possível – na verdade, é provável – que os entes públicos não tenham percebido ainda a pertinência do assunto *preservação do meio ambiente* e sua intrínseca ligação com a subsistência do próprio Estado Democrático de Direito.

Dizer que determinado Estado é Democrático e é de Direito é uma forma de reconhecer que em seu âmbito uma série de valores e direitos serão observados. Adota-se, neste caso, a ideia primordial de que uma série de direitos fundamentais, sejam eles individuais, sociais ou coletivos, serão protegidos, respeitados e promovidos.

Por isso, a partir do momento em que o meio ambiente é tratado constitucionalmente como um direito fundamental, mas, em contrapartida, não é eficientemente garantido, nasce a obrigação de criação de mecanismos para corrigir esta situação.

Neste ponto que a sustentabilidade como requisito do processo licitatório se apresenta como uma ferramenta importante. O Estado dispõe de suficiente apoio legal tanto na Constituição Federal quanto na Lei 8.666/93, para exigir de seus fornecedores atitudes condizentes com as melhores práticas sustentáveis. Se a legislação, por si só, não se fizer suficiente para o convencimento quanto a essa necessidade/obrigação,



observe-se então, o que dizem doutrinadores sobre o assunto. Ao final, caso a doutrina e a lei não forem suficientes, já há precedentes judiciais importantes.

Por isso, não há mais como aceitar uma atuação desvinculada de ações sustentáveis por parte dos governantes.

Muito se fala sobre *vontade política* como vetor de realizações governamentais. Que, dependendo da *vontade política*, as realizações tem maior ou menor grau de eficiência. Doravante, não há mais a opção de exercer ou não a *vontade política* quando se tratar dos gastos com o erário: a cada gasto público deve ocorrer a devida reciprocidade sustentável.

Assim, a conclusão final que se obtém é a de que os editais de licitação *podem*, legalmente, e *devem*, moralmente, prever e exigir que os fornecedores entreguem os bens ou serviços adquiridos pelo Estado dentro da melhor técnica sustentável possível. O benefício que resultará numa melhor qualidade de vida não se restringe aos atuais cidadãos brasileiros, mas àqueles que ainda estão por vir.

### Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BIN, Eduardo Fortunado. *Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis*. Coordenadores: Murillo Giordan Santos; Teresa Villac Pinheiro Barki. Belo Horizonte : Fórum, 2011.

BOSELTMANN, Klaus. *O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança*. Tradução de Phillip Gil França. Prefácio de Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.html). Acesso em abril de 2015.

BRASIL, Decreto 7. 746, promulgada em 5 de junho de 2012. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm) Acesso em abril de 2015.

BRASIL, Instrução Normativa nº 01, de 19 de janeiro de 2010. <http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/legislacaoDetalhe.asp?ctdCod=295> Acesso em de abril de 2015.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em abril de 2015.

CANOTILHO, J..J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*; tradução Patrícia de Freitas Ribeiro; revisão Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Daniel. *A Licitação Pública No Brasil E Sua Nova Finalidade Legal – A promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte : Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2 ed. Belo Horizonte : Fórum, 2012.

FRUGONI, Alina. Cambio tecnológico, riesgos ambientales asociados y una perspectiva jurídica (global) sustentable. Em *Revista Brasileira de*

*Direito*. ISSN 2238-0604. Passo Fundo, vol. 9, n. 2, jul-dez 2013, p. 205-225

LATOUCHE, Serge. *Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno*. Trad. ClaudiaBerliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Coordenador Lenio Luiz Streck. Salvador: Juspodivm, 2016.

MORAIS, Fausto Santos de, BRIDI, Janaína Hennig. As contratações sustentáveis e o problema do julgamento objetivo. Em *Direito, Democracia e Sustentabilidade: Anuário do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional*. Organizado por André Karam Trindade, Angela Araujo e Salete Oro Boff. Passo Fundo: IMED Editora, 2015.

MORAIS, Fausto Santos de, ZOLET, Lucas. Constitutional rights expansion and contributions from Robert Alexy's theory. Em *Revista Brasileira de Direito*. ISSN 2238-0604. Passo Fundo, vol. 12, n. 2, jul-dez 2016, p. 127-136.

MOUFFE, Chantal. *O regresso do político; revisão científica* Joaquim Coelho Rosa. Lisboa: Gradiva, 1993.

NOSSO FUTURO COMUM / Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Relatório Brundtland). 2ed. Rio de Janeiro : Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica. Law Actually: practical reason, anarchism and the legal rule-compliance phenomenon. Em *Revista Brasileira de Direito*. ISSN 2238-0604. Passo Fundo, vol 11, n. 1, jan-jun 2015, p. 7-19.

SACHS, Ignacy. *Estratégias de Transição Para o Século XXI – Desenvolvimento e Meio Ambiente*. São Paulo : Studio Nobel : Fundação do desenvolvimento administrativo, 1993.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4.ed.rev.ampl.posf. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

NOTAS:

[1] Art. 5º, VI, da Constituição Federal.

[2] Art. 5º, XI, da Constituição Federal.

[3] Art. 6º da Constituição Federal.

[4] Ressalte-se que o autor não possui a romântica crença de que o direito seja a solução para todos os problemas existentes. No entanto, não há como negar que o direito transforma a vida das pessoas de formas muito importantes, pois molda a forma com que elas agem, fazendo surgir, a partir disso, uma série de outras questões. (RODRIGUEZ-BLANCO, 2015, p. 7). É justamente nesse ponto da mudança na atitude das pessoas que a assunção da sustentabilidade como um princípio jurídico dotado de força cogente pode vir a surtir resultados benéficos no presente e futuro.

[5] Aqui se mostra necessário um esclarecimento. Em que pese não ser o foco do presente artigo a apresentação de todas as particularidades teóricas dos princípios jurídicos, impende deixar destacado, ao menos, o conceito de princípio utilizado pelo autor. Sendo assim, os princípios jurídicos podem ser vistos como

mandamentos de otimização, que podem ser atendidos em maior ou menor grau, ou seja, que garantem algo *prima facie*, conforme profetizado por Robert Alexy. (2008, p. 117). Ou seja, os “princípios jurídicos teriam comandos normativos próprios que em abstrato, por força do comando de otimização, deveriam, *prima facie*, ser realizados o máximo possível o que, na prática, seria delimitado pelas condições fáticas e jurídicas.” (MORAIS, 2016, p. 50) Entretanto, considerando-se que esta definição de princípio é intrinsecamente relacionada com os direitos fundamentais, de modo que é possível afirmar que, *prima facie*, qualquer atitude pode ser vista como protegida por algum direito fundamenta, deve-se tomar um cuidado para que não uma exagerada expansão dos direitos fundamentais. Isto é, essa expansão dos direitos fundamentais é responsável por incluir todos os tipos de interesses nos processos de deliberação das Cortes. O problema é que alguns deles não possuem importância suficiente para serem considerados em todos os níveis e contextos. (MORAIS e ZOLLET, 2016, p. 131) Por outro lado, entende-se que considerar a sustentabilidade como um princípio jurídico a partir de Robert Alexy apenas referenda aquilo que já está constitucionalmente previsto.

## HIPERPARTIDARISMO NO BRASIL

**THAÍS TARQUINIO OLIVEIRA:**  
Acadêmica da Universidade de Brasília  
(UNB).

### 1. INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente artigo é análise do fenômeno hiperpartidarismo no sistema político brasileiro. Pretende-se estudar suas causas, consequências, sendo levantadas as questões da governabilidade e da observância ao princípio de representação.

Inicialmente, serão apresentadas considerações breves sobre partidos políticos, como seu conceito e essencialidade ao funcionamento democrático. Busca-se analisar o caráter positivo da pluralidade de partidos, bem como o seu caráter negativo, que surge do seu desvirtuamento.

O sistema proporcional brasileiro de votos adotado para as eleições de parlamentares propicia a criação e eleição de pequenos partidos sem lastro social mínimo, isto é, sem verdadeira representatividade. Assim, será analisado como esse sistema contribui para o hiperpartidarismo, bem como suas consequências.

Por fim, pretende-se ainda explanar as razões do julgado do Supremo Tribunal Federal (STF), em torno da cláusula de desempenho, bem como a verificação de cláusulas de barreira como instrumentos de limitação para a criação de partidos.

### 2. PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL

Para se construir o conceito de hiperpartidarismo, é importante explanar a definição de partido político. Como leciona Paulo Bonavides, o partido político pode ser visto, como “uma organização de pessoas que inspiradas por ideias ou movidas por interesses, buscam tomar o poder, normalmente pelo emprego de meios legais, e nele conservar-se para realização dos fins propugnados”<sup>[1]</sup> (BONAVIDES, 2004.p. 346). Nesse

sentido, pode ser entendido como conjunto de pessoas reunidas em torno de um bloco de ideais, com escopo de se inserir e se manter no poder político estatal, através do procedimento democrático, para viabilizar o cumprimento do seu programa. A ideologia deve ser interpretada como sustentáculo basilar da própria ideia de partido, sendo imprescindível à sua própria existência.

Os partidos políticos são essenciais ao Estado Democrático, na medida em que constituem instrumentos de comunicação entre o povo e o Estado, possibilitando a expressão da vontade política. Assim, a liberdade partidária também deve ser colocada como imprescindível a um sistema democrático. Para tanto, deve ser livre a criação, fusão, incorporação ou extinção de partidos, sendo condicionados apenas aos ditames do regime democrático, com fins de assegurar seu funcionamento.

A liberdade partidária, portanto, não é absoluta. A própria Constituição Federal estabelece os seus contornos em seu art. Art. 17 que assim dispõe:

É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e **observados os seguintes preceitos**: I - **caráter nacional**; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - **prestação de contas à Justiça Eleitoral**; IV - **funcionamento parlamentar de acordo com a lei**<sup>2</sup>. (grifo nosso)

Nesse sentido, leciona Gilmar Mendes: “A autonomia partidária não poderá realizar-se sem observância dos princípios básicos enunciados na Constituição, especialmente o respeito à soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana” (MENDES, Gilmar Ferreira, 2014. Pg. 745) [2].

A função dos partidos políticos ultrapassa as definições legais já que são ferramentas para propagar uma concepção de Estado, sociedade e governo, exercendo a representação política do povo, por meio de programas formulados<sup>[3]</sup> (SILVA, José Afonso da, 2011). Assumem a função de concretização e reivindicação das demandas provenientes dos diversos setores da sociedade. A liberdade de associação partidária deve ser assegurada, vez que fomenta e enriquece o debate político pela representação de posicionamentos diversos.

É importante lembrar que o pluralismo político foi ainda instituído pelo art. 1º da Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil, devendo ser interpretado, dessa forma, como um dos pilares basilares do nosso ordenamento jurídico.

Não obstante a imprescindibilidade e caráter positivo que os partidos políticos representam na democracia, esses possuem um caráter dúplice. São necessários, porém podem ser extremamente prejudiciais, em suas deturpações. A faceta negativa das agremiações ocorre por desvirtuamento de sua função constitucional, como exemplo, o domínio oligárquico, a corrupção, favorecimentos pessoais, falta de ideologia, dentre outros<sup>[4]</sup> (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 2008).

Por esse desvirtuamento partidário, no Brasil, os eleitores, por diversas vezes, orientam seus votos baseados em personalidades, isto é, em candidatos. Não votam de acordo com um programa partidário específico e um plexo de propostas. Se o sistema de ideologia partidária fosse cumprido de acordo com sua função constitucional, haveria uma relação de dependência entre o eleito e a direção partidária, gerada pela partidização da política. Antes de representar o povo, o candidato representaria uma agremiação, com determinadas diretrizes, escolhida pelo povo<sup>[5]</sup> (FERREIRA FILHO, 2009).

Ferreira Filho assim assevera<sup>[6]</sup>:

[...] sendo imprescindível para os partidos obter o máximo de votos, têm eles de procurar o que soma e não o que divide. Portanto, o



partido consciente de seu próprio interesse eleitoral de estabelecer o seu programa em torno de generalidades e questões de princípio que agradam e atraem e nunca em função de opções que desagradam e geram oposição. Daí darem eles, em seus programas, preferência a questões abstratas e ideológicas, as quais, o mais das vezes, nada significam para a solução de problemas concretos.” (1979, p. 121).

O quadro, na realidade política brasileira, é tão grave que os programas partidários, em épocas eleitorais, alcançam tal nível de abstração que oposição e situação aparentam ter mesma ideologia partidária. Muitos partidos apresentam claro descaso com os anseios sociais, até mesmo com interesses de sua militância, demonstrando claro descompasso com a construção teórica aqui exposta.

Teoricamente o modelo pluripartidarista representa garantia à diversidade de pensamentos contidas na sociedade, garantindo assim a alteridade democrática. As divergências estariam representadas por respectivos partidos políticos, que teriam programas bem delimitados e distintos entre si, para atender os diversos escopos<sup>[7]</sup> (BONAVIDES, Paulo, 2004).

Não obstante, a realidade política brasileira é muito distante da teoria, sendo a deturpação tão severa que transforma as agremiações em violações ao regime democrático. É notória a crise representativa e a conseqüente barreira da governabilidade.

A realidade política brasileira, portanto, não se adequa à toda faceta positiva aqui exposta sobre sistema partidário, vez que distorce a função partidária seja pela inoperatividade das agremiações, crise de representação autêntica, e problemas de governabilidade.

### **3. HIPERPARTIDARISMO- CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS**

O Sistema Proporcional adotado no Brasil para parlamentares ocasiona o multipartidarismo exacerbado, vez que incentiva partidos a serem criados, pois até mesmo os pequenos sem lastro

social mínimo conseguem atingir o quociente eleitoral por meio da coligação.

No Brasil, o sistema de criação de partidos políticos é muito flexível. As poucas exigências, conforme defende Sartori, pode gerar a desintegração do sistema partidário, com o surgimento de legendas sem nenhum perfil ideológico claro, que atendam apenas interesses da classe política<sup>[8]</sup> (BONAVIDES, Paulo, 2004). O processo de criação de partidos no Brasil pode ser considerado como uma mera formalidade, sem muitas exigências. A facilidade do processo é um dos fatores que contribui para o fenômeno do hiperpartidarismo.

O sistema de representação proporcional propicia o multipartidarismo, sendo que a coexistência de muitos partidos por si só não pode ser considerada como prejudicial o funcionamento democráticos. Não obstante, o que se observa na realidade política brasileira atual é um número altíssimo de partidos políticos, com aumento sem precedentes, o que cria instabilidade política e dificulta a identificação de ideologias e entendimento do eleitorado<sup>[9]</sup> (RABELLO FILHO, Benjamin Alves, 2011). Esse quadro gera o descrédito ao sistema partidário, agravado pelo frequente descompromisso dos partidos com as próprias finalidades instituídas em seus programas.

O sistema de coligação, plenamente permitido pelo art. 105 da Constituição Federal, possibilita a criação de partidos que nem mesmo atingiram o quociente eleitoral. Com as constituições de coligações pequenos, partidos se unem para poderem ingressar no poder político. Assim, pequenas agremiações que não conseguiriam isoladamente o número suficiente de votos para eleger um representante podem atingir a representação, no caso uma representação artificial<sup>[10]</sup> (SILVA, Luís Virgílio Afonso da, 1999).

Essa multiplicidade sem precedentes de partidos, no quadro político brasileiro, foi denominada hiperpartidarismo, que consiste em clara pulverização. Diversos partidos são formados sem ideologias delimitadas e sem programas consolidados, conseqüentemente, sem compromisso com a representação de

seus eleitores, com intuito único de conseguir espaço no poder político[11] (DULCI, Otávio Soares, 2003). Esse quadro configura clara degeneração do multipartidarismo, vez que a fragmentação partidária brasileira não espelha uma fragmentação social, não corresponde, portanto, aos divergentes posicionamentos. Há verdadeiro problema de representatividade, vez que os partidos políticos não representam verdadeiro lastro que legitimem as vagas no Congresso Nacional. A vontade política do povo acaba se perdendo no tempo.

Possuem registro no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), atualmente, 35 (trinta) legendas distintas, conforme divulgado por seu site[12], quais sejam: PMDB; PTB; PDT; PT; DEM; PCdoB; PSB; PSDB; PTC; PSC; PMN; PRP; PPS; PV; PTdoB; PP; PSTU; PCB; PRTB; PHS; PSDC; PCO; PTN; PSL; PRB; PSOL; PR; PSD; PPL; PEN; PROS; SD; NOVO; REDE e PMB. Dentre esses, 27 (vinte e sete) possuem representação no Congresso Nacional.

Como consequência do excessivo número de agremiações existentes, bem como de agremiações eleitas, gera-se o presidencialismo de coalizão. O número de partidos no parlamento é óbice intransponível à governabilidade sem a existência de coalizão. Muitas vezes, há uniões de partidos com ideologias contrárias, o que configura verdadeira aberração política. A constituição de maiorias no Congresso Nacional torna-se muito dificultosa, o que torna o processo decisório muito caro, perdendo ainda em qualidade. O debate político se torna precária e o processo legislativo e decisório é marcado pela morosidade[13].

Luís Roberto Barroso[14] assevera:

Todo governo necessita de apoio no Legislativo para aprovação das deliberações de seu interesse e, para tal fim, desenvolve articulações políticas para a formação de bases parlamentares de sustentação. É assim em toda a parte. No entanto, à falta de partidos sólidos e ideologicamente consistentes, essas negociações, frequentemente, deixam de ser

institucionais e programáticas e passam a ser personalizadas e fisiológicas.

Diante desse quadro de falta de ideologia partidária, o voto do eleitorado se volta para candidatos e não para partidos políticos. Os partidos políticos que, em tese, são instrumentos essenciais ao funcionamento democrático, acabam sendo verdadeiros entraves. A representação não ocorre, perdendo as agremiações sua razão de ser, tonar viável a participação de forma consistente da sociedade no poder.

#### **4. CLÁUSULA DE EXCLUSÃO**

A cláusula de exclusão, também denominada cláusula de barreira pode ser compreendida como importante ferramenta para contenção ao hiperpartidarismo, isto é, do excessivo número de partidos sem correspondente representatividade social. A referida cláusula determina que o partido só poderá atingir a representação se conseguir determinado número de votos. Tem o escopo de conter pequenas agremiações, sem lastro social no Congresso Nacional.

Há alguns países do leste europeu que adotam sistemas de barreira escalonada. Para coligações serem eleitas, exige-se maior quantidade de votos, impedindo que agremiações pequenas e sem lastro social consigam uma possível representação artificial.<sup>[15]</sup>

O artigo 109 §2º do Código Eleitoral trata de uma cláusula de barreira, *in verbis*:

Art. 109 – [...] § 2º - Só poderão concorrer à distribuição dos lugares os Partidos e coligações que tiverem obtido quociente eleitoral. (Redação dada pela Lei nº 7.454, de 30.12.1985)

O Partido somente poderá ter representação parlamentar se atingir o quociente eleitoral, determinado a partir da divisão dos votos válidos pelas cadeiras a preencher. A barreira constitucional não se mostra suficiente, tendo a lei infraconstitucional que estabelecer mecanismos complementares.

A Lei dos Partidos Políticos (9096/95) estabelece a cláusula de desempenho em seu art. 13, *in verbis*:

Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles. (Vide Adins nºs 1.351-3 e 1.354-8)

A cláusula foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão das ADI's nº e 1.354-8, propostas, respectivamente, pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e pelo Partido Socialista Cristão (PSC). Nas referidas ações, foram contestados em face da Constituição Federal o artigo 13; expressão contida no art. 41, inciso II; o art. 48; expressão contida no caput do art. 49; e os artigos 56 e 57, todos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1997 (Lei dos Partidos Políticos).

A suprema corte entendeu que a cláusula constitui clara violação à liberdade dos partidos políticos, assim como sua autonomia no que tange à organização. Nesse sentido, desrespeitaria o Art. 17 da Constituição Federal. Foi destacada ainda a violação ao exercício do poder do povo através de seus representantes eleitos, conforme disposto no Art. 1º, § único da Constituição Federal. Outro ponto levantado é a violação do direito dos partidos políticos de acessarem os recursos do fundo partidário, conforme estabelece o Art. 17 §2º da CF.

Pela cláusula de barreira ou de desempenho instituída no supracitado dispositivo legal (art. 13), o partido político que não alcançar os estabelecidos percentuais de votação não terá direito ao funcionamento parlamentar, o que significa a não-formação de bancadas e de suas lideranças, com todas as repercussões que isso pode causar, como a não-participação em comissões

parlamentares e o não-exercício de cargos e funções nas casas legislativas.

Segundo o Ministro Gilmar mendes, em seu voto: “Como se vê, trata-se de uma restrição absoluta ao próprio funcionamento parlamentar do partido, sem qualquer repercussão sobre os mandatos de seus representantes. Não se estabelece qualquer tipo de mitigação, mas simplesmente veda-se o funcionamento parlamentar ao partido, com as consequências que isso pode gerar, como o não-recebimento dos recursos provenientes do fundo partidário, ou o seu recebimento em percentuais ínfimos, e a vedação do acesso ao rádio e à televisão.”

Assevera ainda o ministro: “O modelo confeccionado pelo legislador brasileiro, no entanto, não deixou qualquer espaço para a atuação partidária, mas simplesmente negou, *in totum*, o funcionamento parlamentar, o que evidencia, a meu ver, uma clara violação ao princípio da proporcionalidade, na qualidade de princípio da reserva legal proporcional”.

É possível entender que a Constituição Federal, em seu art. 17, inciso IV, possibilitou certa mitigação ao funcionamento parlamentar pela lei infraconstitucional. Não obstante, deve ser observada a reserva legal proporcional, também instituída pela carta magna. A cláusula contida no art. 13 viola tal reserva, vez que mitiga nega o funcionamento parlamentar à agremiação partidária.

Cumprе ressaltar que o princípio da igualdade entre os partidos políticos é fundamental para a adequada atuação dessas instituições no complexo processo democrático. Impõe-se, por isso, uma neutralidade do Estado em face das instituições partidárias, exigência essa que se revela tão importante quanto difícil de ser implementada[16].

A cláusula, não obstante, fere o princípio da igualdade de chances entre os partidos. Por meio dela, estabelece-se, conforme disposto do Art. 41 da lei 9.096/95, a forma como os recursos seriam repartidos entre partidos. Os valores destinados a cada partido seguiriam uma ordem de proporção de votos apurados na eleição da câmara dos deputados, porém, de forma limitada. Em

linhas gerais, uma parte dos recursos, ou seja, 1%, é dividida igualmente e a outra parte restante, 99% é dividida proporcionalmente à representação, desde que ultrapassada a cláusula de barreira definida em 5% dos votos.

O Ministro relator Marco Aurélio assevera, em seu voto, que a diversidade de partidos não deve ser interpretada como ameaça, mas como fator de crescimento e enriquecimento da democracia. Assim, profere o ministro que “o desafio do Estado moderno, de organizações mais complexas, não é elidir as minorias, mas reconhece-las e, assim o fazendo, viabilizar meios para assegurar-lhes os direitos constitucionais” (p. 43).

Fazendo referência ao destacado pluralismo, é importante que nos remetamos à compreensão do examinar as diferentes alternativas colocadas para a institucionalização dos que institui o pluralismo político no cenário brasileiro, diante disso, Maués (1999, p. 137) salienta que “(...) o momento constitucional brasileiro indica sobretudo a necessidade de conflitos que envolvem o pluralismo político em nossa sociedade”.

O ministro relator do caso destaca ainda que como fundamento da república, faz-se referência ao pluralismo político, o que permite a livre criação, inclusive, de partidos políticos, o que desagua de maneira expressiva no pluripartidarismo. Pode-se também perceber a máxima democrática de que o poder emana do povo, pontuação executada pelo ministro em seu voto, onde sustenta que: “Aliás, para aqueles preocupados com a proliferação dos partidos políticos, há de se levar em conta que o enxugamento no rol é automático, presente a vontade do povo, de quem emana o poder”. Logo, cabe notar que se o partido não eleger representante, este não poderá exercer seu poder de funcionamento parlamentar.

Em que pese às considerações do eminente Ministro Relator Marco Aurélio cumpre asseverar que, como já exposto no presente artigo, a aplicação do Princípio do Pluralismo Partidário, sem qualquer limitação, tem ocasionado excessos, gerando problemas de representatividade e governabilidade. A existência de um número grande de partidos causa dificuldade na fiscalização da

atuação das agremiações, gera o nascimento de partidos desprovidos de ideologia política e propicia a venda dos votos dentro do plenário.

## **5. CONCLUSÃO**

Os partidos políticos são essenciais para a concretização de uma sociedade democrática. O pluralismo político, por sua vez, é um dos fundamentos basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

A convivência plural de agremiações, desde que coerentes seria mais democrático, fomenta o debate político, bem como garante a representatividade de diversos setores do meio social, quando refletem de fato o posicionamento desses. Não obstante, se observa no Brasil um desvirtuamento do instrumento partidário.

O hiperpartidarismo é fenômeno que surgiu no Brasil pelo peculiar sistema proporcional adotado, que incentiva pequenos partidos a se coligarem, sendo eleitos, muitas vezes, sem ter a devida representatividade. A pluralidade de partidos gera ainda problemas de governabilidade, vez que se torna difícil a composição de maiorias e o consenso em debater políticos. Assim, a formação de bases aliadas com interesses e ideologias opostas se formam, comprometendo uma representação política autêntica.

A sociedade se mostra insatisfeita e descrente com os partidos políticos brasileiros. As eleições para parlamentares se fundam muito mais nas personalidades políticas individuais do que na ideologia de partidos políticos e sua programação partidária.

Em que pese o problema no quadro político-partidário brasileiro de fragmentação e pluralidade excessiva de partidos políticos, a decisão da Suprema corte parece acertada, vez que a cláusula de barreira instituída viola o princípio democrático. A cláusula tem repercussão direta ainda sobre o regime de igualdade de chances que deve existir entre as agremiações partidárias. Viola diretamente a liberdade de criação de partidos assegurada pela Constituição Federal, bem como um dos fundamentos da mesma, isto é, o pluralismo político.

Diante do quadro político partidário caótico no Brasil, a reforma política se mostra necessária e imprescindível ao regular



funcionamento democrático. A criação de uma cláusula de barreira seria um mecanismo razoável para conter o hiperpartidarismo, no entanto há de se observar a reserva legal proporcional, não podendo ser implantada se vedar o funcionamento parlamentar, como o fez a cláusula do art. 13 da Lei de Partidos Políticos.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1) BARROSO, Luís Roberto. Sistema Partidário: fidelidade partidária e limitações à pulverização dos partidos políticos. Disponível em: <  
[http://www.institutoideias.org.br/pt/projeto/sistema\\_ partidario.pdf](http://www.institutoideias.org.br/pt/projeto/sistema_partidario.pdf)>  
Acesso em: 11 julho 2012;

2) BARROSO, Luís Roberto. O Sistema Eleitoral: o modelo distrital misto. Disponível em: Acesso em: 09 julho 2012;

3) BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 11<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 346;

4) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 34<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2008.p. 124;

5) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

6) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Reconstrução da Democracia: ensaio sobre a institucionalização da democracia no mundo e em especial no Brasil. São Paulo: Saraiva, 1979;

7) MADISON, James. **Os Artigos Federalistas**. Tradução: Maria Luíza X. de A. Braga. Editora Nova Fronteira. São Paulo, pp. 133-139, 332-342, 349-353.;

8) MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. **Poder e Democracia: Pluralismo Político na Constituição de 1998**. Editora Síntese, 1<sup>o</sup> Ed. São Paulo, p. 116-136;

9) MENDES, Gilmar Ferreira Curso de Direito Constitucional/Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco- 9ªed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. Pg. 745;

10)SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.p. 403;

#### **NOTAS:**

[1] BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 11ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 346

[2] MENDES, Gilmar Ferreira Curso de Direito Constitucional/Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco- 9ªed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. Pg. 745

[3] 224 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.p. 403

[4] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.p. 124.

[5] Idem. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 66

[6] Idem. A Reconstrução da Democracia: ensaio sobre a institucionalização da democracia no mundo e em especial no Brasil. São Paulo: Saraiva, 1979.p. 121.

[7] BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 11ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 364

[8] 167 BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 11ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 252

[9] RABELLO FILHO, Benjamin Alves. Partidos Políticos no Brasil: doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p. 80

[10] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Sistemas Eleitorais. São Paulo: Malheiros, 1999.p. 166

[11] DULCI, Otávio Soares. Reforma Política e Cidadania/ organizadores Maria Victoria Benevides, Fábio Kerche, Paulo Vannuchi. 1ª ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.p. 300.

[12] Endereço eletrônico:  
<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>

[13] BARROSO, Luís Roberto. Sistema Partidário: fidelidade partidária e limitações à pulverização dos partidos políticos. Disponível em: [http://www.institutoideias.org.br/pt/projeto/sistema\\_partidario.pdf](http://www.institutoideias.org.br/pt/projeto/sistema_partidario.pdf)< Acesso em: 11 julho 2012.

[14] BARROSO, Luís Roberto. O Sistema Eleitoral: o modelo distrital misto. Disponível em: Acesso em: 09 julho 2012.

[15] NOHLEN, Dieter. Sistemas electorales y partidos políticos. 3ª ed. México: FCE, 2004.p. 69

[16] Cf. GRIMM, Dieter. Politische Parteien. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrsg). Handbuch des Verfassungsrechts. Band 1, cit. p 599 (626)

## COMENTÁRIOS À LEI 13.257/2016: PONDERAÇÕES AO MARCO LEGISLATIVO DA PRIMEIRA INFÂNCIA

**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:** Em um primeiro comentário, quadra anotar que a Lei nº 13.157/2016 é responsável por estabelecer princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com os princípios e diretrizes da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Nos termos do artigo 2º da legislação em comento, considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança. A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral. Trata-se, com efeito, de importante marco regulatório sobre a temática, advinda da base axiológica decorrente dos princípios da proteção integral da criança e do adolescente e do melhor interesse daqueles.

**Palavras-chaves:** Doutrina da Proteção Integral. Primeira Infância. Dignidade da Pessoa Humana.

**Sumário:** 1 Anotações ao Corolário da Dignidade da Pessoa Humana no Ordenamento Brasileiro; 2 A Doutrina da Proteção Integral e o Estatuto da Criança e do Adolescente; 3 Comentários à Lei 13.257/2016: Ponderações ao Marco Legislativo da Primeira Infância.

---

## **1 Anotações ao Corolário da Dignidade da Pessoa Humana no Ordenamento Brasileiro**

A República Federativa do Brasil, ao estruturar a Constituição Cidadã, concedeu, expressamente, relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo colocada sob a epígrafe “dos princípios fundamentais”, sendo positivado no inciso III do artigo 1º. Com avult, o aludido preceito passou a gozar de status de pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, toando como fundamento para todos os demais direitos. Nesta trilha, também, há que se enfatizar que o Estado é responsável pelo desenvolvimento da convivência humana em uma sociedade norteada por caracteres pautados na liberdade e solidariedade, cuja regulamentação fica a encargo de diplomas legais justos, no qual a população reste devidamente representada, de maneira adequada, participando e influenciando de modo ativo na estruturação social e política. Ademais, é permitida a convivência de pensamentos opostos e conflitantes, sendo possível sua expressão de modo público, sem que subsista qualquer censura ou mesmo resistência por parte do Ente Estatal.

Verifica-se que a principal incumbência do Estado Democrático de Direito, em harmonia com o ventilado pelo dogma da dignidade da pessoa humana, está jungido na promoção de políticas que visem a eliminação das disparidades sociais e os desequilíbrios econômicos regionais, o que clama a perseguição de um ideário de justiça social, ínsito em um sistema pautado na democratização daqueles que detêm o poder. Ademais, não se pode olvidar que “não é permitido admitir, em nenhuma situação, que qualquer direito viole ou restrinja a dignidade da pessoa humana”[1], tal ideário decorre da proeminência que torna o preceito em comento em patamar intocável e, se porventura houver conflito com outro valor constitucional, aquele há sempre que prevalecer.

Frise-se, por carecido, que a dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, insta realçar que a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, se faz proeminente, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Neste diapasão, cuida colocar em saliência que a Constituição de 1988 consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade.

Evidenciar -se, por carecido, que a dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, insta realçar que a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, se faz proeminente, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Neste diapasão, cuida colocar em saliência que a Constituição de 1988 consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade”[2].

-se, por carecido, que a dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, insta realçar que a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, se faz proeminente, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Neste diapasão, cuida colocar em saliência que a Constituição de 1988 consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade.

A -se, por carecido, que a dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam

sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, insta realçar que a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, se faz proeminente, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Neste diapasão, cuida colocar em saliência que a Constituição de 1988 consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade:

Interpretar -se, por carecido, que a dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, insta realçar que a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, se faz proeminente, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Neste diapasão, cuida colocar em saliência que a Constituição de 1988 consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade [5].

Ao -se, por carecido, que a dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, insta realçar que a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, se faz proeminente, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Neste diapasão, cuida colocar em saliência que a Constituição de 1988 consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade.

Por -se, por carecido, que a dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, insta realçar que a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, se faz proeminente, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Neste diapasão, cuida colocar em saliência que a Constituição de 1988 consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade *o*”[8].

Forçoso, -se, por carecido, que a dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, insta realçar que a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, se faz proeminente, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Neste diapasão, cuida colocar em saliência que a Constituição de 1988 consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade *r*”[9]. Nesta linha de exposição, o homem tem sua atuação motivada pelo interesse próprio, o qual, corriqueiramente, se materializada na busca pela felicidade, competindo à sociedade, enquanto construção social destinada a proteger cada indivíduo, viabilizando a todos viver juntos, de forma benéfica.

## **2 A Doutrina da Proteção Integral e o Estatuto da Criança e do Adolescente**

No final do século XX, infere-se que, no que pertine ao direito das crianças e adolescentes, duas doutrinas se contrapunham, sendo que uma se baseava na situação irregular daqueles, sendo denominado comumente como Direitodo Menor, ao passo que a outra adotava os ideários da proteção integral. A doutrina da situação irregular teve origem no início do século XIX, em 1927 com o Código de Menores, que foi atualizado pela Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979 que instituiu outro Diploma Menorista. Segundo Carla Carvalho Leite (2005,



p. 14), o Código de Menores de 1979 apregoava que toda e qualquer criança ou adolescente pobre era considerado “menor em situação irregular”, devendo ser adotado pela Política Nacional do Bem-Estar do Menor, onde o Estado de forma autoritária violava os direitos humanos, com exclusão social, econômica e política, com discriminação por raça e gênero.

Independentemente de resistências e entendimentos diversos, os Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil se firmaram na teoria, principalmente em relação aos princípios, regras e conceitos das doutrinas. Houve uma verdadeira ruptura do Direito do Menor, ou doutrina da situação irregular, devido à impossibilidade de convergência com a Teoria da Proteção Integral, que se consolidou como referencial para a infância e adolescência no Brasil. Nesta trilha, entender a Teoria da Proteção Integral é pressuposto necessário para compreender o direito da criança e do adolescente no Brasil. Na década de 1980, surge uma mobilização para construir uma sociedade na qual todos poderiam gozar de direitos humanos reconhecidos como fundamentais na nova Constituição que se elaborava. Esse processo de transição contou com a colaboração indispensável dos movimentos sociais, da reflexão produzida em diversos campos do conhecimento, da Organização das Nações Unidas.

A teoria da proteção integral incorporou-se antecipadamente no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988, ou seja, antes da Convenção Internacional dos Direitos da Criança em 1989. Como bem registra Mário Luiz Ramidoff, “a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, configurou uma opção política e jurídica que resultou na concretização do novo direito embasado na concepção de democracia”<sup>[10]</sup>. É possível, observar, nesta senda de exposição, que o Texto Constitucional, ao consagrar um sucedâneo de valores, regras e mecanismos sensíveis, buscou promover a doutrina da proteção integral. Ainda nesse sentido, cuida transcrever o escólio de Baratta:

A constituição de uma base epistemológica consistente possibilitou a doutrina da proteção integral reunir valores, conceitos, regras, articulação de sistemas e legitimidade junto à comunidade científica, que a elevou a um outro nível de base e

fundamentos teóricos, recebendo, de modo mais imediato, a representação pela ideia de Teoria da Proteção Integral[11].

Segundo os ensinamentos apresentados por Mário Luiz Ramidoff, “a pretensão de integração sistemática da teoria e da pragmática pertinentes ao direito da criança e do adolescente certamente se constitui num dos objetivos primordiais a serem perseguidos pela teoria jurídica infanto-juvenil”[12]. Ademais, uma das principais funções instrumentais oferecidas pela proposta da formatação daquela teoria jurídico-protetiva é precisamente oferecer procedimentos e medidas distintas, em razão das necessidades e especificidades no tratamento de novas emergências humanas e sociais. Desta maneira, busca-se o estabelecimento de outras estratégias e metodologias para proteção dos valores sociais democraticamente estabelecidos como, por exemplo, direitos e garantias individuais fundamentais pertinentes à infância e à juventude. Veronese & Rodrigues, destacam, com bastante ênfase, que “o cuidado dos que trabalham com o Direito da Criança e do Adolescente deve se dar também no plano da linguagem. Utiliza-se indiscriminadamente a expressão ‘adolescente infrator’ ou o que é ainda pior: ‘menor infrator’, esta última preza a concepção do menorismo [...], segundo a qual reduzia-se a objeto a nossa infância”[13].

Nesse contexto, surge como problema o reconhecimento do Direito da Criança e do Adolescente como ramo jurídico que requer uma compreensão de sua base teórica essencial denominada de Teoria da Proteção Integral e, que o delineamento de seus princípios e regras pode ser especialmente útil para afastar confusões, conforme obtempera Paula[14]. Quanto à elaboração de uma teoria do Direito da Criança e do Adolescente, Miguel M. A. Lima opina:

Podemos então falar do Direito da Criança e do Adolescente como um novo modelo jurídico, isto é, um novo ordenamento de direito positivo, uma nova teoria jurídica, uma nova prática social (da sociedade civil) e institucional (do poder público) do Direito. O que importa, neste caso, é perceber

quedesde a criação legislativa, passando pela produção dosaber jurídico, até a interpretação e aplicação a situações concretas, este Direito impõe-nos o inarredável compromisso ético, jurídico e político com a concretização da cidadaniainfanto-juvenil[15].

Nesta linha de ponderação, cuida anotar que a teoria da proteção integralconstruiu um sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente e umarede institucional, que lhe dá sustentação e legitimidade política fundada em um modo de organização em redes descentralizadas. No entanto, para sua adequada compreensão, é fundamental percorrer seus princípios fundamentais. Entendendo, deste modo, a ideia de ‘princípios’, a teoria supõe que eles se impõem às autoridades, isto é, são obrigatórios, especialmente paras as autoridades públicas e vão dirigidos precisamente para (ou contra) eles. Ao analisar o conjunto de princípios que constituem os Direitos da Criança e do Adolescente, há que se conceder especial destaque para os corolários estruturantes e concretizantes, dentre os quais contabilizam os princípios estruturantes à vinculação à teoria da proteção integral, a universalização, o caráter jurídico garantista e o interesse superior da criança. Como princípios concretizantes, estabelece-se a prioridade absoluta, a humanização no atendimento, a ênfase nas políticas sociais públicas, a descentralização político-administrativa, a desjurisdicionalização, a participação popular, a interpretação teleológica e axiológica, a despoliciação, a proporcionalidade, a autonomia financeirae a integração operacional dos órgãos do poder público responsáveis pela aplicaçãodo Direito da Criança e do Adolescente.

O mais evidente princípio do Direito da Criança e do Adolescente, realce- se, é aquele de vinculação à Teoria da Proteção Integral, previsto no art. 227, da Constituição Federal e também no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos1º e 3º. Conforme explanam Nelson Aguiar e Ronan Tito[16], a universalização dosdireitos da criança e do adolescente exige uma postura pró-ativa dos beneficiários nos processos de reivindicação e construção de políticas públicas,

encontrando, neste ponto especificamente, o seu caráter jurídico de garantia, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, transformá-los em realidade. A origem do princípio do interesse superior da criança está localizada no modelo de sociedade desigual produzido pelo sistema capitalista, potencialmente gerador de conflitos de interesses. Segundo Paulo Afonso Garrido de Paula, “em consequência das necessidades humanas brota a noção de interesse, concebido como razão entre sujeito e o objeto”[17].

O artigo 227, da Constituição Federal[18], e o artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente[19], atribuem como dever da família, da sociedade e do Estado a responsabilidade em assegurar os direitos fundamentais, estabelecendo que sua realização deva ser realizada com absoluta prioridade. O artigo 4º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente determina o alcance da garantia de absoluta prioridade: A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, sendo no mesmo sentido a determinação do artigo 87, I do Estatuto da Criança e do Adolescente[20].

Baratta, ao apreciar a matéria, salienta que “o princípio central da estratégia dirigida a implementar uma proteção integral dos direitos da infância é o restabelecer a primazia das políticas sociais básicas, respeitando a proporção entre estas áreas e as outras políticas públicas previstas na Convenção”[21]. O Estatuto da Criança e do Adolescente[22] determina, em seu artigo 86, que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Especificamente, em relação às políticas de assistência social, a própria Constituição Federal[24], com clareza solar, determina, no inciso I do artigo 204, a descentralização político-administrativa cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência

social. Dessa forma, a efetividade da teoria da proteção integral da criança e do adolescente é fruto do compromisso firme da tríplice responsabilidade compartilhada, onde a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente.

### **3 Comentários à Lei 13.257/2016: Ponderações ao Marco Legislativo da Primeira Infância**

Em um primeiro comentário, quadra anotar que a Lei nº 13.157/2016[23] é responsável por estabelecer princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com os princípios e diretrizes da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Nos termos do artigo 2º da legislação em comento, considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança. A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral.

As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a: I – atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã; II – incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento; III – respeitar a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças e valorizar a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais; IV – reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança; V – articular as

dimensões ética, humanista e política da criança cidadã com as evidências científicas e a prática profissional no atendimento da primeira infância; VI – adotar abordagem participativa, envolvendo a sociedade, por meio de suas organizações representativas, os profissionais, os pais e as crianças, no aprimoramento da qualidade das ações e na garantia da oferta dos serviços; VII – articular as ações setoriais com vistas ao atendimento integral e integrado; VIII – descentralizar as ações entre os entes da Federação; IX – promover a formação da cultura de proteção e promoção da criança, com apoio dos meios de comunicação social.

A participação da criança na formulação das políticas e das ações que lhe dizem respeito tem o objetivo de promover sua inclusão social como cidadã e dar-se-á de acordo com a especificidade de sua idade, devendo ser realizada por profissionais qualificados em processos de escuta adequados às diferentes formas de expressão infantil. Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica. A Política Nacional Integrada para a primeira infância será formulada e implementada mediante abordagem e coordenação intersetorial que articule as diversas políticas setoriais a partir de uma visão abrangente de todos os direitos da criança na primeira infância.

Em consonância com o artigo 7º[24], a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir, nos respectivos âmbitos, comitê intersetorial de políticas públicas para a primeira infância com a finalidade de assegurar a articulação das ações voltadas à proteção e à promoção dos direitos da criança, garantida a participação social por meio dos conselhos de direitos. O pleno atendimento dos direitos da criança na primeira infância constitui objetivo comum de todos os entes da Federação, segundo as respectivas competências constitucionais e legais, a ser alcançado em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A União buscará a adesão dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios à abordagem multi e

intersetorial no atendimento dos direitos da criança na primeira infância e oferecerá assistência técnica na elaboração de planos estaduais, distrital e municipais para a primeira infância que articulem os diferentes setores.

Reza o artigo 9º que as políticas para a primeira infância serão articuladas com as instituições de formação profissional, visando à adequação dos cursos às características e necessidades das crianças e à formação de profissionais qualificados, para possibilitar a expansão com qualidade dos diversos serviços. Os profissionais que atuam nos diferentes ambientes de execução das políticas e programas destinados à criança na primeira infância terão acesso garantido e prioritário à qualificação, sob a forma de especialização e atualização, em programas que contemplem, entre outros temas, a especificidade da primeira infância, a estratégia da intersetorialidade na promoção do desenvolvimento integral e a prevenção e a proteção contra toda forma de violência contra a criança. As políticas públicas terão, necessariamente, componentes de monitoramento e coleta sistemática de dados, avaliação periódica dos elementos que constituem a oferta dos serviços à criança e divulgação dos seus resultados.

A União manterá instrumento individual de registro unificado de dados do crescimento e desenvolvimento da criança, assim como sistema informatizado, que inclua as redes pública e privada de saúde, para atendimento ao disposto neste artigo. União informará à sociedade a soma dos recursos aplicados anualmente no conjunto dos programas e serviços para a primeira infância e o percentual que os valores representam em relação ao respectivo orçamento realizado, bem como colherá informações sobre os valores aplicados pelos demais entes da Federação. A sociedade participa solidariamente com a família e o Estado da proteção e da promoção da criança na primeira infância, nos termos do *caput* e do § 7º do art. 227, combinado com o inciso II do art. 204 da Constituição Federal, entre outras formas: I – formulando políticas e controlando ações, por meio de organizações representativas; II – integrando conselhos, de forma paritária com representantes governamentais, com funções de planejamento, acompanhamento, controle social e avaliação; III – executando ações diretamente ou em parceria com o poder público; IV – desenvolvendo programas, projetos e ações compreendidos no conceito de responsabilidade social e de investimento social privado; V – criando, apoiando e participando de

redes de proteção e cuidado à criança nas comunidades; VI – promovendo ou participando de campanhas e ações que visem a aprofundar a consciência social sobre o significado da primeira infância no desenvolvimento do ser humano.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios apoiarão a participação das famílias em redes de proteção e cuidado da criança em seus contextos sociofamiliar e comunitário visando, entre outros objetivos, à formação e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, com prioridade aos contextos que apresentem riscos ao desenvolvimento da criança. As políticas e programas governamentais de apoio às famílias, incluindo as visitas domiciliares e os programas de promoção da paternidade e maternidade responsáveis, buscarão a articulação das áreas de saúde, nutrição, educação, assistência social, cultura, trabalho, habitação, meio ambiente e direitos humanos, entre outras, com vistas ao desenvolvimento integral da criança. Os programas que se destinam ao fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância promoverão atividades centradas na criança, focadas na família e baseadas na comunidade. As famílias identificadas nas redes de saúde, educação e assistência social e nos órgãos do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente que se encontrem em situação de vulnerabilidade e de risco ou com direitos violados para exercer seu papel protetivo de cuidado e educação da criança na primeira infância, bem como as que têm crianças com indicadores de risco ou deficiência, terão prioridade nas políticas sociais públicas.

As gestantes e as famílias com crianças na primeira infância deverão receber orientação e formação sobre maternidade e paternidade responsáveis, aleitamento materno, alimentação complementar saudável, crescimento e desenvolvimento infantil integral, prevenção de acidentes e educação sem uso de castigos físicos, nos termos da Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014, com o intuito de favorecer a formação e a consolidação de vínculos afetivos e estimular o desenvolvimento integral na primeira infância. A oferta de programas e de ações de visita domiciliar e de outras modalidades que estimulem o desenvolvimento integral na primeira infância será considerada estratégia de atuação sempre que respaldada pelas políticas públicas sociais e avaliada pela equipe profissional



responsável. Os programas de visita domiciliar voltados ao cuidado e educação na primeira infância deverão contar com profissionais qualificados, apoiados por medidas que assegurem sua permanência e formação continuada.

As políticas públicas criarão condições e meios para que, desde a primeira infância, a criança tenha acesso à produção cultural e seja reconhecida como produtora de cultura. A expansão da educação infantil deverá ser feita de maneira a assegurar a qualidade da oferta, com instalações e equipamentos que obedeçam a padrões de infraestrutura estabelecidos pelo Ministério da Educação, com profissionais qualificados conforme dispõe a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), e com currículo e materiais pedagógicos adequados à proposta pedagógica. A expansão da educação infantil das crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos de idade, no cumprimento da meta do Plano Nacional de Educação, atenderá aos critérios definidos no território nacional pelo competente sistema de ensino, em articulação com as demais políticas sociais. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão organizar e estimular a criação de espaços lúdicos que propiciem o bem-estar, o brincar e o exercício da criatividade em locais públicos e privados onde haja circulação de crianças, bem como a fruição de ambientes livres e seguros em suas comunidades.

### **REFERÊNCIA:**

ALMEIDA, Paulo Santos de. **Direito Ambiental Educacional: Suas relações com os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Verbo Jurídico, 2009.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da Dignidade e da Pessoa Humana e o Novo Direito Civil. Breves Reflexões. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, nº 08, p. 229-267, junho de 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08>>. Acesso em 09 mar. 2016.

**BRASIL. Constituição (1988).  
República Federativa**

**Constituição (da)  
do**

**Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em 09 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei N.º 8.069, de 13 de Julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em 09 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei N.º 13.257, de 08 de Março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em 09 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 09 mar. 2016.

CALHEIRA, Luana Silva Os princípios do direito de família na Constituição Federal de 1988 e a importância aplicada do afeto: o afeto é juridicizado através dos princípios?. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 5, n. 229. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. *I n: Direito Constitucional*. José Janguê Bezerra Diniz (coordenador). 1ª Ed. Brasília: Editora Consulex, 1998.

DRIVER, Stephanie Schwartz. **A Declaração de Independência dos Estados Unidos.** Tradução Mariluce Pessoa. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2006.

LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma**

**abordagem principiológica.** Tese (Doutorado em Direito) -  
Curso de Pós-Graduação em Direito,  
Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Educação, Direito e Cidadania. *In*  
: **ABMP.Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente**. v.  
1. São Paulo:Malheiros,1995.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da Criança e do Adolescente: p  
or umapropedêutica jurídico-  
protetiva transdisciplinar.** Tese (Doutorado em Direito) –Curso de Pós-  
Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba,2007.

RENON, Maria Cristina. **O Princípio da Dignidade da Pessoa H  
umana esua relação com a  
convivência familiar e o direito ao afeto.** 232f. Dissertação(Mestre e  
m Direito) – Universidade  
Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.Disponível em: <[http://ww  
w.egov.ufsc.br](http://www.egov.ufsc.br)>. Acesso em 09 mar. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fu  
ndamentais na Constituição Federal de 1988.** 2 ed. Porto Alegre: Editor  
a Livrariado Advogado, 2002.

TITO, Ronan, AGUIAR, Nelson. A justificativa do Estatuto. *In*: P  
EREIRA, Tânia da Silva (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente:  
Lei 8.069/90:Estudos “Sócio-Jurídicos”.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

VERONESE, Josiane Rose Petry. RODRIGUES, Walkíria Macha  
do. A figurada criança e do  
adolescente no contexto social: de vítimas a autores de ato infracional. *In*:  
VERONESE, Josiane Rose Petry, SOUZA, Marli Palma, MIOTO, Regin  
a Célia Tamasso (Orgs.). **Infância e Adolescência, o conflito com a lei:  
algumas discussões.** Florianópolis: Funjab, 2001.

#### NOTAS:

[1] RENON, Maria Cristina. **O Princípio da Dignidade da Pessoa  
Humana esua relação com a**

**convivência familiar e o direito ao afeto.** 232f. Dissertação(Mestre e m Direito) – Universidade

Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em 09 mar. 2016, p. 19.

[2] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Direito Civil. Breves Reflexões. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, nº 08, p. 229-267, junho de 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08>>. Acesso em 09 mar. 2016, p. 236.

[3] COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: **Direito Constitucional**. José Janguie Bezerra Diniz (coordenador). 1ª Ed. Brasília: Editora Consulex, 1998, p. 176.

[4] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>>. Acesso em 09 mar. 2016.

[5] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 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 de com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta a 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](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 09 mar. 2016.

[6] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002, p. 83.

[7] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>>. Acesso em 09 mar. 2016.

[8] CALHEIRA, Luana Silva Os princípios do direito de família na Constituição Federal de 1988 e a importância aplicada do afeto: o afeto é juridicizado através dos princípios?. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 5, n. 229. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

[9] DRIVER, Stephanie Schwartz. **A Declaração de Independência dos Estados Unidos**. Tradução Mariluce Pessoa. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2006, p. 32.

[10] RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da Criança e do Adolescente: por uma abordagem jurídica-protetiva transdisciplinar**. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007, p. 21.

[11] BARATTA, Alessandro. Infância e Democracia. *In*: MÊNDEZ, Emilio García, BELOFF, Mary Orgs.). **Infância, Lei e Democracia na América Latina: Análise Crítica do Panorama Legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança 1990 – 1998**. Trad. Eliete Ávila Wolff. Blumenau: Edifurb, 2001, p. 49.

[12] RAMIDOFF, 2007, p. 202.

[13] VERONESE, Josiane Rose Petry. RODRIGUES, Walkíria Machado. A figura da criança e do adolescente no contexto social: de vítimas a autores de ato infracional. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry, SOUZA, Marli Palma, MIOTO, Regina Célia Tamasso (Orgs.). **Infância e Adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões**. Florianópolis: Funjab, 2001, p. 35.

[14] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Educação, Direito e Cidadania. *In*: **ABMP. Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente**. v. 1. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 94.

[15] LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica**. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 80.

[16] TITO, Ronan, AGUIAR, Nelson. A justificativa do Estatuto. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: Estudos “Sócio-Jurídicos”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 40.

[17] PAULA, 1995, p. 91.

[18] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>>. Acesso em 09 mar. 2016.

[19] Idem. **Lei Nº. 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>>. Acesso em 09 mar. 2016.

[20] BRASIL. **Lei Nº. 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>>. Acesso em 09 mar. 2016.

[21] BARATTA, 2001, p. 49.

[22] BRASIL. **Lei Nº. 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>>. Acesso em 09 mar. 2016.

[23] *Idem*. **Lei Nº. 13.257, de 08 de Março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>>. Acesso em 09 mar. 2016.

[24] BRASIL. **Lei Nº. 13.257, de 08 de Março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de

2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em 09 mar. 2016.

## SISTEMA DE BIOMETRIA POR ÍRIS E SUA APLICABILIDADE NA IDENTIFICAÇÃO CIVIL E CRIMINAL DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

**MARCUS FERNANDO PALMA MOURA:**  
Polícia Civil do Distrito Federal.  
Especialista em Geoprocessamento,  
Direito Ambiental e Papioscopia Policial.

**Resumo:** Os sistemas biométricos são considerados a maior evolução nos meios de identificação. O uso da íris como ferramenta para registro civil e criminal, requer uma necessária reforma da legislação nacional, todavia existe um amplo campo de aplicação.

**Palavras Chaves:** Sistemas Biométricos; Íris; Biometria; Identificação; Legislação.

**Abstract:** Biometric systems are considered the greatest evolution in means of identification. The use of the iris as a tool for civil and criminal registration requires a necessary reform of national legislation, but there is a wide field of application.

**Keywords:** Biometric System; Iris; Biometric; Identification; Legislation.

---

### 1 INTRODUÇÃO

Os sistemas biométricos se baseiam em características físicas ou comportamentais mensuráveis que podem ser utilizadas para reconhecer ou verificar a identidade de um usuário previamente cadastrado em um banco de dados.

Para uma característica física ou comportamental ser considerada um sistema biométrico, ela deve apresentar alguns parâmetro, tais como:

- a) Universalidade – Toda a população (a ser autenticada) deve possuir a característica.
- b) Unicidade – Uma característica biométrica deve ser única para cada indivíduo.



- c) Permanência – A característica deve ser imutável, ou seja, permanecer inalterada ao longo da vida do indivíduo.
- d) Coletabilidade – A característica deve ser possível de ser coletada / registrada com facilidade.
- e) Aceitabilidade – A coleta da característica deve ser tolerada pelo indivíduo. Na prática existem preocupações com higiene, privacidade e questões culturais que diminuem a aceitação da coleta a depender do sistema biométrico utilizado.

Um sistema biométrico é, essencialmente, um sistema de reconhecimento de padrões de características humanas com o fim de determinar a identidade de uma pessoa dentro de uma população.

Assim sendo, um sistema biométrico típico pode ser descrito pelas seguintes etapas:

- a) Aquisição da amostra biométrica: Nesta etapa os dados da característica biométrica são adquiridos. A dificuldade deste processo é conseguir um equilíbrio na qualidade da amostra sem causar excesso de inconveniência para o usuário.
- b) Extração de características: Nesta etapa é produzida uma representação computacional do exemplar obtido, que chamaremos de atributos ou características extraídas.
- c) Registro: O perfil biométrico obtido, ou template, é armazenado para uma comparação posterior.
- d) Comparação e decisão: Na comparação é verificado o grau de similaridade entre as características extraídas do usuário com o perfil armazenado a fim de se atingir um matching, ou a coincidência entre um perfil pesquisado e um perfil armazenado.

Esse mesmo sistema tem dois processos importantes: processo de cadastro (Figura 01) e o processo de identificação (Figura 02).

O sistema biométrico por íris se baseia no reconhecimento de uma pessoa pelo padrão de sua íris. Esse método automatizado é relativamente novo, as primeiras patentes são de 1994.

## 1.1 O QUE É ÍRIS?

A íris é um músculo no olho que regula o tamanho da pupila, controlando a quantidade de luz que entra nos olhos. Ela é a porção colorida dos olhos cuja cor é determinada pela quantidade de pigmento de melatonina no músculo.

Embora a coloração e a estrutura da íris sejam geneticamente ligadas, os detalhes dos padrões não são. O desenvolvimento da íris ocorre durante o crescimento fetal (a partir do 3º mês de gestação até o 8º mês), através de um processo de dobramentos do ectoderma superficial, do mesoderma e da crista neural (FILHO AASL, 2011). Depois do nascimento, ocorrem degenerações aleatórias resultantes da abertura da pupila e pode haver algumas mudanças na pigmentação da íris.

Embora geneticamente idênticas, a íris de um mesmo indivíduo são únicas e estruturalmente distintas, o que permite usá-las como sistemas biométricos (NSTC), 2006). Seu padrão complexo pode conter características distintivas, tais como: arcos de ligamentos, sulcos, cumes, córtices, anéis, coroa, sardas, entre outros aspectos.

## 1.2 HISTÓRIA

Em 1936, o oftalmologista Frank Burch propôs o uso do padrão de conformação da íris como método de reconhecimento individual (COURTS, 2006). Em 1985, Leonard Flom e Aran Safir, oftalmologistas, propuseram o conceito de que não haveria duas íris iguais (COURTS, 2006) e conseguiram patentear o conceito de identificação por íris em 1987. Dr. Flom e Dr. John Daugman desenvolveram um algoritmo para automatizar a identificação humana pela íris. Em 1993, a Agência de Defesa Nuclear Americana começou a trabalhar testando uma unidade de protótipo, a qual foi implantada com sucesso em 1995, com o esforço conjunto dos Dr. Flom, Safir and Daugman.

Em 1994 o Dr. Daugman obteve a patente do sistema automatizado de reconhecimento por íris e em 1995, o primeiro produto comercial estava disponível no mercado (Technologies, 2003). Em 2005, em razão da expiração da patente dos conceitos básicos do reconhecimento por íris, surge uma oportunidade de negócio para outras companhias desenvolverem seus próprios algoritmos para a biometria de íris.

### 1.3 ÍRIS COMO SISTEMA BIOMÉTRICO

Muitas tecnologias biométricas além da íris têm sido propostas com base em características físicas, tais como impressões digitais, voz, face, orelhas, mãos e retina, cada um com seus pontos fortes e fracos (RAJ, 2002). Nesse cenário os sistemas baseados na estrutura da íris vêm ganhando destaque em relação a outros métodos. A íris contém detalhes que a tornam umas das estruturas biométricas mais seguras para a identificação. Trata-se de um órgão interno que faz parte do globo ocular protegido pela córnea do olho, é colorida e sua função é controlar os níveis de luz, de forma semelhante ao comportamento do diafragma de uma câmera fotográfica. Por ser claramente visível, sua captura é mais imediata que a da retina, que é dificultada pelo fato de que esta não é visível (BORGEM, 2008). A desvantagem é que partes da imagem da íris são ocultas geralmente pelos cílios e pelas pálpebras (PROENÇA, 2006). Outra desvantagem corresponde às dificuldades associadas na aquisição da imagem do olho. Uma boa qualidade é vital para o desempenho do reconhecimento automatizado, e em razão das dimensões reduzidas das íris o usuário deve ficar próximo ao dispositivo de captura sem se movimentar, para que os seus detalhes fiquem claros. É preferível que a captura seja com luz infravermelha, a fim de revelar até mesmo detalhes que não podem ser vistos apenas com luz visível (DAUGMAN, 2004). O comprimento de onda considerado seguro pela Academia Americana de Oftalmologia está na faixa de 700 a 900 nanômetros (DAUGMAN, 2004).

O processo baseado na identificação da íris pode ser dividido nas seguintes etapas (DELGADO, 2013):

- a) **Captura da imagem.** Esta primeira etapa corresponde à aquisição da imagem do olho. A qualidade desta será vital para o desempenho das

etapas seguintes. Como mencionado anteriormente, é preferível que a captura seja com luz infravermelha, a fim de revelar até mesmo detalhes que não podem ser vistos apenas com luz visível.

- b) **Segmentação e localização.** Nesta etapa a pupila, a íris e as pálpebras são localizadas e segmentadas.
- c) **Normalização.** Depois de a íris ser segmentada é preciso compensar as variações de distância entre a câmera e o usuário, e as alterações do tamanho da pupila causadas por variações de luminosidade no processo de captura.
- d) **Representação.** Já com a íris normalizada, as características morfológicas são traduzidas para um padrão matemático que possa ser utilizado por um sistema computadorizado de comparação.
- e) **Reconhecimento.** Etapa final que corresponde ao processo automatizado usado para distinguir entre dois ou mais padrões de íris dentro de um conjunto de banco de dados, com o fim de determinar se correspondem à mesma pessoa ou não.

Pesquisas podem ser focalizadas para produzir novos métodos, ou melhorar os existentes, para tornar o processo de reconhecimento mais eficiente em termos de tempo de processamento, desempenho ou ambos. Com referência à normalização da íris, o método proposto por Daugman (DAUGMAN, 2004) é o mais usado.

Os sistemas biométricos para aplicações de elevada segurança devem atender a rigorosos requisitos de desempenho. A fusão de múltiplas técnicas ajuda a biometria a minimizar as taxas de erro do sistema. Sistemas biométricos com base em uma única fonte de informação são chamados de sistemas unimodais. Embora alguns desses sistemas (KANT, 2009) sejam consideravelmente bons em termos de confiabilidade e precisão, eles geralmente sofrem de problemas de registro, mas as características utilizadas em biometria devem ser universais. Esse é o ponto de partida dos sistemas biométricos (JAIN, 2004).

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 VANTAGENS

O reconhecimento de íris possui muitas características que favorecem a sua utilização como método de eleição para Biometria. As probabilidades de aceitar uma íris errada ou rejeitar uma íris correta são menores que 1%. Em comparação com o Reconhecimento de Voz (cujas probabilidades de erro estão entre 3% e 10%), o reconhecimento de íris parece ser bem mais eficiente.

Além das probabilidades, podemos mencionar os fatores abordados nas primeiras seções, como o corolário da unicidade das íris, o fato de ser um órgão interno, portanto bem protegida e o reconhecimento de íris poder ser utilizado até mesmo em cegos e gêmeos idênticos. Além disso, a íris é praticamente imutável durante os anos (desde que não sofra nenhum dano), portanto a identificação poderá ser feita com sucesso na mesma pessoa ao longo de sua vida.

Outra grande vantagem é que o processo é externo, o que permite que os equipamentos de reconhecimento de íris sejam utilizados à distância e sem exigir praticamente nenhuma colaboração do usuário.

Atualmente, os meios de identificação mais comuns utilizam-se de senhas e IDs para a identificação do usuário, dados que podem ser esquecidos ou até mesmo roubados. No caso do reconhecimento de íris não é necessário nenhum tipo de senha ou ID e, portanto, não há o risco de esquecimento nem de roubo. A única forma de se perder a informação é perdendo o banco de dados que armazena os códigos de íris ou em caso de dano grave aos olhos.

Tecnicamente, o reconhecimento de íris também possui muitas vantagens. O tempo necessário para analisar e codificar as imagens é, em média, 1 segundo (a depender do sistema). As informações do código da íris e de máscara podem ser armazenadas em 512 bytes. Com a capacidade de armazenamento atual é possível armazenar milhões de códigos de íris. Além disso, é possível retornar 100 mil códigos de íris por segundo em uma CPU com 1 núcleo de 300 MHz. Com a capacidade de processamento atual (sendo as CPUs de 2 e 4 núcleos as mais comuns) é

possível retornar uma quantidade enorme de códigos em um tempo mínimo.

## 2.2 DESVANTAGENS

Apesar de muitas vantagens, o reconhecimento de íris também possui várias desvantagens, que muitas vezes prejudicam sua utilização e podem resultar em falhas nos processos de reconhecimento automatizado.

Uma primeira desvantagem é o tamanho do olho. Como o olho é pequeno (aproximadamente 1 cm de raio), a distância do equipamento aos olhos não deve ser muito grande. Apesar de essa característica ter sido mencionada como uma vantagem, ela também pode agir como uma desvantagem em determinadas situações. Em locais com muito movimento, o reconhecimento de íris acabada sendo prejudicado, pois nem sempre haverá controle total sobre o fluxo de pessoas e mesmo diante de uma tentativa para controle isso deixará o deslocamento das pessoas mais lento. Não é possível fazer a leitura adequada de íris com alvos em movimento, portanto não há outra opção para o usuário, a não ser parar diante do equipamento. Embora o reconhecimento seja rápido, em uma situação de fluxo de milhares de pessoas, o reconhecimento de íris implica em ferramenta lenta para identificação.

Outra desvantagem, já mencionada anteriormente, é o fato da íris ser localizada em uma superfície curva, úmida e com reflexos. Além disso, as pálpebras e os cílios são outros fatores prejudiciais. As pálpebras e os cílios podem ocultar parte da íris. As pupilas também podem ser um fator limitante já que seu tamanho é alterado dependendo da quantidade de luz sobre os olhos. Esses fatores prejudicam o processo e podem fazer com que os códigos sejam computados de forma errada.

Algumas doenças podem prejudicar o processo de identificação, como catarata, conjuntivite, tremor nos olhos ou alergias. Ainda, há pessoas que devido a problemas genéticos nascem sem íris e obviamente não podem ser cadastradas para o reconhecimento por meio da íris.

Fraudes no sistema onde estão armazenados os códigos da íris também são possíveis. Uma pessoa poderia perfeitamente utilizar uma foto de um olho para passar pelo reconhecimento de íris. Devido a esse tipo de fraude, os equipamentos de reconhecimento de íris mais atuais possuem luz infravermelha para iluminar o olho do usuário e detectar a pupila em movimento.

## 2.3 COMPARATIVO ENTRE OS SISTEMAS BIOMÉTRICOS

Segue uma tabela comparativa a respeito dos pontos fortes e fracos dos sistemas biométricos utilizados atualmente.

**Tabela 1** – Análise comparativa dos sistemas biométricos.

| <b>Sistemas Biométricos</b> | <b>Pontos Fortes</b>  | <b>Pontos Fracos</b>   |
|-----------------------------|---|--|
| Impressão Digital           | Pode proporcionar bastante precisão. A impressão digital pode ser colhida facilmente e a baixo custo. Existem grandes bancos de dados de impressões digitais disponíveis. | A qualidade das impressões digitais varia enormemente dentro de uma população. Os sensores mais baratos podem ser comprovadamente fraudados. |
| Face                        | Existe larga aceitação pública para este identificador biométrico. Os sistemas de reconhecimento de face são os   | Imagens de baixa qualidade não fornecem unicidade suficiente para identificação em larga escala.   |

menos intrusivos.

---

|                  |  |  |
|------------------|--|--|
| Íris             | Atualmente a íris é considerada uma a biometria bastante precisa. Possui alto desempenho no processo de verificação com velocidade de comparação de 100.000 registros por segundo. | A íris não é um alvo fácil, é pequena (1 cm) e o registro tem que ser feito a uma distância não maior do que um metro. A maioria dos bancos de dados existentes foi criada para uso comercial. |
| Geometria da Mão | A coleta das características é fácil e não intrusiva. Adequado para integração com outras biometrias, como impressão digital. Não relacionado a registros policiais e criminais.   | O contato do usuário com uma superfície pode despertar preocupações públicas com higiene. Não fornece unicidade suficiente para identificação em larga escala.                                 |
| Assinatura       | Possui grande aceitação por parte do usuário. A assinatura dinâmica é bastante difícil de ser fraudada.  | O custo dos dispositivos de aquisição é alto. Esta característica biométrica possui alta variabilidade. Existem, ainda, muitas pessoas com assinaturas   |

---



inconsistentes.

---

|     |  |   |
|-----|--|---|
| Voz | É uma biometria usada instintivamente pelas pessoas para autenticação mútua. Sistemas com infraestrutura telefônica constituem o principal alvo do reconhecimento de voz. Esta tecnologia utiliza dispositivos baratos, e é facilmente desenvolvida. | Existem sistemas que podem ser treinados para imitar a voz de pessoas. O padrão de voz é bastante frágil, porque pode depender do estado de saúde do usuário, por exemplo. A qualidade do sinal de áudio é suscetível ao ruído do ambiente. |
|-----|--|---|

---

## 2.4 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E IDENTIFICAÇÃO POR MEIO DA ÍRIS

As leis que disciplinam a identificação humana no Brasil são as Leis nº 7.116/83, que dispõe sobre as carteiras de identidade civil, e Lei nº 12.037/09, que rege a identificação criminal do civilmente identificado, nos termos da CF/88.

O presente texto se propõe a avaliar as implicações legais da possível implementação de um sistema de identificação humana com fundamento na captura, registro e análise da íris. Segundo uma análise preliminar da matéria, observa-se dificuldade na efetivação de um sistema biométrico baseado na leitura da íris, por ausência de suporte legal.

Por força do princípio da legalidade, a administração pública está impedida de atuar além dos limites da lei, nos termos do artigo 37, CF:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

No que se refere aos meios de identificação humana existem no ordenamento duas leis importantes que tratam do assunto. A Lei nº 7.116/83, que assegura validade nacional às Carteiras de Identidade e regula sua expedição, contempla os meios pelos quais se poderão obter registros biométricos do cidadão com o fim de identificá-lo.

Além dos dados qualificativos relativos aos registros cartorários, nome, filiação, local e data de nascimento, a lei determina a identificação biométrica do indivíduo apenas por meio de sua fotografia, assinatura e impressão digital do polegar direito.

Art. 3º - A Carteira de Identidade conterá os seguintes elementos:  
(...)

e) nome, filiação, local e data de nascimento do identificado, bem como, de forma resumida, a comarca, cartório, livro, folha e número do registro de nascimento;

f) fotografia, no formato 3 x 4 cm, assinatura e impressão digital do polegar direito do identificado;

Ainda, o artigo 8º determina que a expedição da carteira de identidade se fundamenta no processo de identificação datiloscópica.

Art. 8º - A Carteira de Identidade de que trata esta Lei será expedida com base no processo de identificação datiloscópica.

Portanto, no que se refere à biometria humana, a Lei nº 7.116/83 exige e permite durante o processo de confecção dos documentos de identificação, apenas a captura e o registro da fotografia, assinatura e padrões papiloscópicos do identificando. Outrossim, o Decreto Federal nº 89.250/83, ainda que restrito à regulamentação da matéria legal, não permite nenhum tipo de ampliação do rol de registros biométricos legalmente estabelecidos.

Em relação aos processos biométricos associados à identificação criminal, o dispositivo legal que cuida da matéria é a Lei nº 12.037/09. Em atendimento ao comando constitucional, houve redução no número de possibilidades a permitir a identificação criminal do civilmente identificado.

Nas hipóteses em que for permitida, a identificação criminal observará os processos datiloscópico, fotográfico e, em alguns casos, poderá incluir a coleta e o armazenamento de material biológico para obtenção de perfil genético do identificado.

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: (...)

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; (...)

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

Portanto, mesmo nos casos de identificação criminal haverá dificuldade para a execução de um sistema biométrico de identificação por meio de íris, em razão de ausência de previsão legal.

Ademais, especialmente no que se refere à identificação criminal, a Lei de Abuso de Autoridade, Lei 4.898/65, no seu artigo 4º, alínea “d”, determina que constitui também abuso de autoridade submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei. Desse modo, fica claro que o ordenamento não permite a captura de padrões produzidos por meio da íris humana de modo compulsório, a não ser talvez, na hipótese de voluntariedade por parte do identificado.

Isso posto, ante as considerações expostas, conclui-se que a execução de um sistema biométrico por meio da íris enfrenta impedimento no que se refere à ausência de suporte legal. Se por determinação constitucional, as ações do gestor público encontram-se limitadas ao princípio da legalidade, e se o Poder Público pretende construir um sistema mais moderno e eficiente de identificação humana que englobe a captura e o registro de padrões de íris, é necessário promover a alteração da legislação vigente com o fim de englobar esse novo procedimento biométrico às rotinas relacionadas às identificações civil e criminal no Brasil.

Eventual projeto de lei para modificação da legislação em vigor, com o fim de incluir os registros de íris nos processos biométricos de identificação, deve ficar a cargo do poder legislativo federal. Nos termos do artigo 22, CF:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...)

XXV - registros públicos;

Descarta-se, sob pena de vício de inconstitucionalidade formal orgânica, qualquer tentativa de elaboração de projeto de lei distrital que pretenda disciplinar a identificação civil e/ou criminal no âmbito do Distrito Federal.

Em que pese as restrições de ordem legislativa referentes ao uso da íris como método de identificação humana, é possível o seu emprego quando o indivíduo se prontifica a fornecer voluntariamente os padrões biométricos para registro. Essa tecnologia pode ser utilizada, por exemplo, em locais nos quais a restrição de acesso seja prioritária por questões de sigilo da informação ou de segurança das instalações, tais como: delegacias de polícia, presídios, instituições bancárias, aeroportos, entre outros.

Ante o exposto, verifica-se que a captura e registro da íris como ferramenta para o incremento dos meios de registro biométrico civil e criminal, requer uma necessária reforma da legislação pertinente.

Todavia, vislumbra-se um campo amplo para o seu emprego quando o fornecimento dos padrões for voluntário, a ser utilizado em situações de aprimoramento no controle de acesso a locais restritos.

## 2.5 APLICAÇÕES E TECNOLOGIA ATUAL

O reconhecimento de íris é uma tecnologia recente que surgiu nos anos 90. Apesar disso, já vem sendo largamente utilizado em diversos locais do mundo nos países desenvolvidos e até nos países subdesenvolvidos. Suas principais aplicações são em aeroportos, portos e fronteiras. É também aplicada no controle de entradas restritas, no acesso a determinados banco de dados e mais atualmente como forma de ligar carros e desbloquear smartphones.

Nos primeiros anos deste século, grandes implantações começaram no aeroporto de Schiphol, em Amsterdã, e em dez terminais de aeroportos no Reino Unido, permitindo que os viajantes frequentes utilizassem a íris em vez do passaporte, no programa IRIS: Iris Recognition Immigration System. Sistemas semelhantes existem ao longo da fronteira EUA / Canadá, e muitos outros. Nos Emirados Árabes Unidos, todos os 32 aeroportos, terra e portos marítimos implementaram o reconhecimento por íris com o fim de examinar todas as pessoas que entram nos Emirados Árabes Unidos, para as quais se exige um visto.

O Governo da Índia está a inscrever os códigos de íris (bem como impressões digitais) de todos os 1,2 mil milhões de cidadãos dentro de três anos para a identificação nacional e prevenção de fraude na distribuição de direitos. A partir de abril de 2016 a UIDAI (Unique Identification Authority of India) matriculou mais de 1 bilhão de pessoas neste programa biométrico. A íris é uma das três tecnologias de identificação biométricas internacionalmente padronizadas desde 2006 pela ICAO para uso em passaportes eletrônicos (as outras duas são impressão digital e reconhecimento facial) (ICAO, 2015).

## 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A biometria, em todas as áreas, foi alavancada no início do terceiro milênio e atualmente existem muitos estudos para otimização,

aperfeiçoamento ou correção de erros de diversos tipos de técnicas. No caso do Reconhecimento de Íris, John Daugman, da Universidade de Cambridge no Reino Unido, é um dos principais estudiosos. Ainda há muito a ser desenvolvido em todas as áreas da biometria para que ela seja aplicada em larga escala no mundo. Apesar disso, ela já pode ser considerada uma evolução drástica nos meios de identificação e promete substituir senhas, logins e cartões de identificação, além de ser um ótimo meio para controle e organização de pessoas, seja em áreas militares, aeroportos ou qualquer outra área afim.

Sobre aplicabilidade da captura e registro da íris como ferramenta para o incremento dos meios de registro biométrico civil e criminal, requer uma necessária reforma da legislação pertinente. Todavia, vislumbra-se um campo amplo para o seu emprego quando o fornecimento dos padrões for voluntário, a ser utilizado em situações de aprimoramento no controle de acesso a locais restritos.

#### 4 BIBLIOGRAFIA

- (NSTC), N. S. (07 de 08 de 2006). *Biometric*. Acesso em 06 de 12 de 2016, disponível em Biometric: <http://www.biometrics.gov/Documents/Irisrec.pdf>
- BORGEN, H. B. (08 de 2008). Visible-Spectrum Biometric Retina Recognition. *Intelligent Information Hiding and Multimedia Signal Processing*, pp. 1056–1062.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.
- BRASIL. Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm)>.
- BRASIL. Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983. Assegura validade nacional as Carteiras de Identidade regula sua expedição e dá outras providências. Disponível em:

<[https://www .planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7116.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7116.htm)>.

BRASIL. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. nº 7.116, de 29 de agosto de 1983. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm)>

Courts, N. C. (06 de 07 de 2006). *Individual Biometrics: Iris Scan*. Acesso em 06 de 12 de 2016, disponível em Biometrics: <http://www.biometrics.gov/Documents/Irisrec.pdf>

COURTS, N. C. (06 de 07 de 2006). *Individual Biometrics: Iris Scan*. Acesso em 06 de 12 de 2016, disponível em Biometrics: <http://www.biometrics.gov/Documents/Irisrec.pdf>

Daugman, J. (12 de 2003). The importance of being random: statistical principles. *Pattern Recognition*, pp. 279 - 291.

Daugman, J. (01 de 2004). How Iris Recognition Works. *IEEE TRANSACTIONS ON CIRCUITS AND SYSTEMS FOR VIDEO TECHNOLOGY*, pp. 21-30.

Daugman, J. (11 de 2006). *Probing the Uniqueness and Randomness of IrisCodes: Results From 200 Billion Iris Pair Comparisons*. Acesso em 07 de 12 de 2016, disponível em <http://www.cl.cam.ac.uk/>:  
<http://www.cl.cam.ac.uk/~jgd1000/ProcIEEEnov2006Daugman.pdf>

DAUGMAN, J. G. (12 de 2003). The importance of being random: statistical principles. *Pattern Recognition*, pp. 279 - 291.

DAUGMAN, J. G. (01 de 2004). How Iris Recognition Works. *IEEE TRANSACTIONS ON CIRCUITS AND SYSTEMS FOR VIDEO TECHNOLOGY*, pp. 21-30.

DAUGMAN, J. G. (11 de 2006). *Probing the Uniqueness and Randomness of IrisCodes: Results From 200 Billion Iris Pair Comparisons*. Acesso em 07 de 12 de 2016, disponível em <http://www.cl.cam.ac.uk/>:

- <http://www.cl.cam.ac.uk/~jgd1000/ProcIEEENov2006Daugman.pdf>
- DELGADO, E. D. (05 de 10 de 2013). Reconhecimento Biométrico Usando Informação Da Íris E De Características Perioculares. *Tese de Doutorado*. Rio de Janeiro, RJ.
- FILHO AASL, D. A. (2011). *Bases da Oftalmologia – Volume I. Série Oftalmologia Brasileira (CBO)*. Acesso em 06 de 12 de 2016, disponível em EyeVisio: <http://www.eyervisio.com/embriologia/>
- FILHO AASL, D. A. (2011). *Bases da Oftalmologia – Volume I. Série Oftalmologia Brasileira (CBO)*. Acesso em 08 de 12 de 2016, disponível em EyeVisio: <http://www.eyervisio.com/embriologia/>
- ICAO. (2015). Machine Readable Travel Documents. *Deployment of Biometric Identification and Eletronic Storage of Data in e MRTDs*, 30.
- JAIN, A. R. (2004). Iris Recognition Based on Local Feature Point Matching. *Multibiometric systems*, pp. 34-40.
- KANT, C. N. (2009). Systems, Man, and Cybernetics. *International Journals of Biometric and Bioinformatics*, pp. 1-9.
- PHILLIPS, P. G. (2003). *FRVT 2002: overview and summary*.
- PROENÇA, H. A. (2006). A Method for the Identification of Noisy Regions in Normalized Iris Images. *Pattern Recognition*, pp. 405–408.
- RAJ, N. M. (2002). Biometrics: Identity Verification. *Networked World*.
- Technologies, I. (2003). Acesso em 06 de 12 de 2016, disponível em Iridiantech: <http://www.biometrics.gov/Documents/Irisrec.pdf>



## O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 788.889: A CONSAGRAÇÃO DA ISONOMIA ENTRE A LICENÇA GESTANTE E A LICENÇA ADOTANTE COMO DESDOBRAMENTO DO COROLÁRIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

**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:** Em um primeiro momento, cuida realçar que é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*. A ideia que subsiste é a de que o ser humano necessita, além do básico para a sua manutenção – aqui compreendidos como alimento, abrigo e saúde -, também de outros elementos normalmente imateriais, igualmente imprescindíveis para uma adequada formação, a exemplo de educação, lazer e regras de conduta. Nessa linha, o cuidado como *expressão humanizadora*, também, reflete, principalmente, sobre crianças e adolescentes, em especial quando perderam a referência da família. Ora, o ser humano carece de cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para se desenvolver e crescer, em acepção ética assumida pelos termos. De igual sorte, o ser humano precisa ser cuidado para alcançar sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana. O afeto

passa a usufruir de contornos jurídicos, sobretudo no que concerne ao fato de ser elemento imprescindível para a estruturação da célula familiar. Assim sendo, o presente está debruçado em analisar a proeminência do entendimento externado pelo STF, em sede de Recurso Extraordinário nº 788.889, ao assegurar, em reverberação aos dispositivos constitucionais, ao conferir tratamento isonômico entre a genitora gestante e a genitora adotante, em sede de concessão de licença.

**Palavras-chaves:** Família. Princípio da Afetividade. Isonomia Constitucional.

**Sumário:** 1 Considerações Iniciais: O Aspecto de Mutabilidade da Ciência Jurídica em relevo; 2 A Valoração dos Princípios: A Influência do Pós-Positivismo no Ordenamento Brasileiro; 3 O Corolário da Afetividade enquanto Valor de Inspiração das Relações Familiares; 4 O Princípio da Igualdade entre os filhos e o contorno constitucional do afeto; 5 O Recurso Extraordinário nº 788.889: A Consagração da Isonomia entre a Licença Gestante e a Licença Adotante como desdobramento do Corolário da Afetividade nas relações familiares.

---

## **1 Considerações Iniciais: O Aspecto da Mutabilidade da Ciência Jurídica em relevo**

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado

de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste alarimé, lançando à tona os aspectos característicos 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 o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear como flâmula 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*”<sup>[1]</sup>. Destarte, 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 primevo é assegurar

que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, 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, precipuamente 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 neste substrato de exposição, 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.

Diante de tais ponderações, ressaltar se faz imperioso que com a inauguração de uma visão civilista, consolidada, maiormente, com a construção e promulgação do Estatuto de 2002, certos valores que, em momento passado, tinham amplo e farto descanso, já que eram a substancialização das características da sociedade dos séculos XIX e XX, não gozam de sedimento para se nutrir nem sustentáculos robustos para justificar sua manutenção. Ao reverso, passaram a ser anacrônicos e dispensáveis, sendo, por extensão, substituídos por uma gama de novos corolários e baldrames, que refletem a realidade vigente, abarcando os aspectos mais proeminentes da coletividade.

Neste diapasão, calha sublinhar, com grossos traços, que o Diploma em apreço abarcou tanto premissas de cunho patrimonialista, oriundas do antigo Códex de 1916, como a visão humanitarista e social preconizada e substancialmente valorizada pela Carta Magna, baseando-se nos valores da pessoa humana, da criança, do adolescente, do idoso, do consumidor, do

deficiente e da família. Desta feita, cumpre afirmar que maciças foram as alterações trazidas pela Lei N.º. 10.406/2002 que, praticamente, todos os ramos que o constituem sofreram grandes mudanças, dentre os quais está à parte dos Contratos. Denota-se também a relevante valoração de certos mandamentos e preceitos que em outros tempos foram renegados a uma segunda categoria, dentre os quais o princípio da solidariedade familiar, da pluralidade das entidades familiares e da isonomia entre os cônjuges/companheiros, sem olvidar da igualdade entre os filhos.

## **2 A Valoração dos Princípios: A Influência do Pós-Positivismo no Ordenamento Brasileiro**

*Ab initio*, tendo como pilares de apoio as lições apresentadas por Marquesi<sup>[4]</sup> que, com substancial pertinência, diciona que os postulados e dogmas se afiguram como a gênese, o ponto de partida ou mesmo o primeiro momento da existência de algo. Nesta trilha, há que se gizar, com bastante ênfase, que os princípios se apresentam como verdades fundamentais, que suportam ou asseguram a certeza de uma gama de juízos e valores que norteiam as aplicações das normas diante da situação concreta, adequando o texto frio, abstrato e genérico às nuances e particularidades apresentadas pela interação do ser humano. Objetiva, por conseguinte, com a valoração dos princípios vedar a exacerbação errônea do texto da lei, conferindo-lhe dinamicidade ao apreciar as questões.

Com supedâneo em tais ideários, salientar se faz patente que os dogmas, valorados pelas linhas do pós-positivismo, são responsáveis por fundar o Ordenamento Jurídico e atuar como normas vinculantes, verdadeiras flâmulas desfraldadas na interpretação do Ordenamento Jurídico. Desta sorte, insta obtemperar que *“conhecê-los é penetrar o âmago da realidade jurídica. Toda sociedade politicamente organizada baseia-se numa tábua principiológica, que varia segundo se altera e evolui a cultura e modo de pensar”*[5]. Ao lado disso, em razão do aspecto essencial que apresentam, os preceitos podem variar, de maneira robusta, adequando-se a realidade vigorante em cada Estado, ou seja, os corolários são resultantes dos anseios sagrados em cada população. Entrementes, o que assegura a característica fundante dos axiomas é o fato de estarem alicerçados em cânones positivados pelos representantes da nação ou de regra costumeira, que foi democraticamente aderida pela população.

Nesta senda, os dogmas que são salvaguardados pela Ciência Jurídica passam a ser erigidos à condição de elementos que compreendem em seu bojo oferta de uma abrangência mais versátil, contemplando, de maneira singular, as múltiplas espécies normativas que integram o ordenamento pátrio. Ao lado do apresentado, com fortes cores e traços grosso, há que se evidenciar que tais mandamentos passam a figurar como super-normas, isto é, *“preceitos que exprimem valor e, por tal fato, são como pontos de referências para as demais, que*

*desdobram de seu conteúdo*”[6]. Os corolários passam a figurar como verdadeiros pilares sobre os quais o arcabouço teórico que compõe o Direito se estrutura, segundo a brilhante exposição de Tovar[7]. Com efeito, essa concepção deve ser estendida a interpretação das normas que integram ao ramo Civilista da Ciência Jurídica, mormente o Direito das Famílias e o aspecto afetivo contido nas relações firmadas entre os indivíduos.

Em decorrência de tais lições, destacar é crucial que o Código de 2002 deve ser interpretado a partir de uma luz emanada pelos valores de maciça relevância para a Constituição Federal de 1988. Isto é, cabe ao Arquiteto do Direito observar, de forma imperiosa, a tábua principiológica, considerada como essencial e exaltada como fundamental dentro da Carta Magna do Estado Brasileiro, ao aplicar a legislação abstrata ao caso concreto. A exemplo de tal afirmativa, pode-se citar tábua principiológica que orienta a interpretação das normas atinentes ao Direito das Famílias. Com o alicerce no pontuado, salta aos olhos a necessidade de desnudar tal assunto, com o intento de afasta qualquer possível desmistificação, com o fito primordial de substancializar um entendimento mais robusto acerca do tema.

### **3 O Corolário da Afetividade enquanto Valor de Inspiração das Relações Familiares**

Ao se analisar as relações compreendidas pelo Direito de Família, denota-se que o afeto é o axioma de



sustentação dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, a fim de atribuir sentido ao corolário da dignidade da pessoa humana. Consoante lecionam Tartuce e Simão, “*o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana*”<sup>[8]</sup>. Neste aspecto, é possível salientar que o corolário da afetividade, enquanto preceito implicitamente alocado no superprincípio da dignidade da pessoa humana, apresenta-se como proeminente vetor de inspiração das relações familiares.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu um novo paradigma para as entidades familiares, não existindo mais um conceito fechado de família, mas, sim, um conceito eudemonista socioafetivo, moldado pela afetividade e pelo projeto de felicidade de cada indivíduo. Assim, a nova roupagem assumida pela família liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para as relações de afeto, de amor e de companheirismo. Vale dizer, em razão da fluidez e complexidade dos contemporâneos arranjos familiares, é plenamente possível destacar que os vínculos, notadamente a filiação, não decorrem tão somente de uma questão biológica; ao reverso, o afeto se apresenta como baldrame impregnado de substância, notadamente quando é responsável por estabelecer os vínculos entre os integrantes da entidade familiar.

Aliás, a valoração da socioafetividade, em sede de liames familiares, já foi consagrada pelo entendimento jurisprudencial, consoante se extrai do aresto paradigmático coligido:

**Ementa:** Direito de família. Recurso especial. Ação investigatória de paternidade e maternidade ajuizada pela filha. Ocorrência da chamada "adoção à brasileira". Rompimento dos vínculos civis decorrentes da filiação biológica. Não ocorrência. Paternidade e maternidade reconhecidos. 1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira". 2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do

melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1. 604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. 3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à

brasileira". 4. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 1.167.993/RS/ Relator: Ministro Luis Felipe Salomão/ Julgado em 18.12.2012/ Publicado no DJe em 15.03.2013).

O dogma ora aludido representa significativo vetor de interpretação, sendo considerado como verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o Ordenamento Pátrio vigente, traduzindo, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática, salvaguardada pelo sistema de direito constitucional positivo. “*A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto*”<sup>[9]</sup>. Com efeito, os vínculos sanguíneos não têm o condão de se sobrepor aos laços afetivos nutridos, podendo, inclusive, ser afirmada a prevalência desses em relação àqueles<sup>[10]</sup>. Ora, não se pode olvidar que, corriqueiramente, se vislumbra a concreção da filiação socioafetiva enquanto processo contínuo e diário, no

qual a convivência e a responsabilidade são responsáveis por nutrir e desenvolver laços que superam o biológico, estando pautados em uma identificação afetiva. *“A filiação sócio-afetiva é aquela em que se desenvolvem durante o tempo do convívio, laços de afeição e identidade pessoal, familiares e morais”*<sup>[11]</sup>.

Cuida destacar que o afeto não decorre tão somente da biologia, mas sim dos liames de sentimentos e responsabilidade que decorrem da convivência. O contemporâneo Direito das Famílias, superado o aspecto patriarcal-patrimonialista que vigorava durante a regência do Estatuto de 1916, valora o cânone em comento como bastião sustentador das relações, conferindo a proeminência à complexidade dos arranjos familiares. *“Em que pese o distanciamento entre a verdade real e abiológica, o acolhimento do pleito anulatório não se justifica quando o ato jurídico de reconhecimento de filho não padece de vício e quando ficou claro que se estabeleceu forte liame socioafetivo”*. O novo ordenamento jurídico estabeleceu como fundamental o direito à convivência familiar. <sup>[12]</sup>Faz-se necessário reconhecer que a Constituição Federal legitimou o afeto, emprestando-lhe efeitos jurídicos. A partir daí, o afeto passou a merecer a tutela jurídica tanto nas relações interpessoais como também nos vínculos de filiação. A partir da Constituição de 1988, linhas fundamentais foram regulamentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e projetaram-se no Código

Civil de 2002, dando prevalência à paternidade afetiva e aos interesses primordiais da criança.

Esta paternidade é aquela que se sobrepõe aos laços sanguíneos decorrentes das alterações familiares da atualidade: desconstituição das famílias, pai que não assume a paternidade, adoção, entre outros. Na verdade, é aquela em que o pai não biológico passa a tratar a criança, no âmbito de uma família, como filha, criando-a e sendo responsável pela mesma. Ao lado disso, o afeto, enquanto constitutivo de dogma, se revela de maciça importância, sendo, inclusive, um dos baldrames estruturantes dos argumentos que inspiraram o reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, explicitando a valoração dos vínculos pautados no mútuo respeito, companheirismo e busca pela felicidade. No mais, com bastante proeminência, Daniel Sarmiento, ao lecionar acerca do tema em debate, saliento, oportunamente, que:

Enfim, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes no casamento ou na união estável entre pessoas de sexos opostos, não existindo, portanto, qualquer justificativa legítima para a

discriminação praticada contra os homossexuais[13].

Ao lado do expendido, conforme se tem colhido em atuais entendimentos jurisprudenciais, notadamente os consolidados pelo Supremo Tribunal Federal, o afeto passou a ser reconhecido como valor jurídico imerso em natureza constitucional, apresentando-se como um novo cânon que informa e inspira a formulação da própria acepção de entidade familiar. Por oportuno, torna-se forçoso o reconhecimento que o novel ideário, no âmbito das relações familiares, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, com o fito de estabelecer direito e deveres decorrentes de vínculo familiar, consolidando na existência e no reconhecimento do afeto. Trata-se, com efeito, de reconhecer a afetividade, enquanto princípio norteador das relações familiares, notadamente contemporaneamente, qualificando para além de sua órbita ética, passando a gozar de *status* jurídico, impregnado de essência constitucional.

#### **4 O Princípio da Igualdade entre os filhos e o contorno constitucional do afeto**

Em um primeiro momento, cuida realçar que é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*. A ideia que subsiste é a de que o ser humano necessita, além do básico para a sua manutenção – aqui compreendidos como alimento,

abrigo e saúde -, também de outros elementos normalmente imateriais, igualmente imprescindíveis para uma adequada formação, a exemplo de educação, lazer e regras de conduta. Nessa linha, o cuidado como *expressão humanizadora*, também, reflete, principalmente, sobre crianças e adolescentes, em especial quando perderam a referência da família. Ora, o ser humano carece de cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para se desenvolver e crescer, em acepção ética assumida pelos termos. De igual sorte, o ser humano precisa ser cuidado para alcançar sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana.

Nesta linha de dicção, é possível destacar que a evolução da célula familiar, no cenário nacional, propiciada pela mutação da sociedade, devido à assimilação de novos valores, desconstrução de costumes arraigados e os arranjos contemporâneos, propiciaram a modificação maciça de funções da entidade familiar. Neste aspecto, denota-se que a família despiu-se da função política, assentando na premissa de superioridade da figura masculina, na chefia da célula, em detrimento da feminina, a qual, por vezes, era renegada a uma mera extensão das vontades do detentor do pátrio poder. Da mesma forma, verificase a subtração do característico de unidade de produção, o que ocorria comumente com a produção de excedente para a troca com outras células familiares, movimentando um tímido mercado pautado no escambo, mantendo, doutro modo, a ser comumente



unidade de consumo. Nesta toada, também, devido à mutação dos aspectos estruturantes da sociedade, observa-se que a família perdeu a função de entidade de manutenção da educação, segurança e assistência, as quais foram transferidas para o Estado, em decorrência do garantismo agasalhado no Texto Constitucional. Ao lado disso, não se pode olvidar, notadamente em decorrência da valoração da afetividade enquanto liame sustentador das relações familiares, na tônica contemporânea, a desconstrução da ótica patrimonialista que eivava o matrimônio, o qual era encarado como conservação e transmissão de riquezas.

Todavia, em que pese essa maciça substituição de famílias, na realidade vigente, não se pode suprimir o importante papel sociocultural exercido por aquelas, já que, em seu interior, ocorre o nascimento do indivíduo enquanto ser dotado de personalidade sociocultural. *“Numa perspectiva constitucional, a funcionalização social da família significa o respeito ao seu caráter eudemonista, enquanto ambiência para a realização do projeto de vida e felicidades de seus membros, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada um”*[14]. Ora, como decorrência deste corolário emerge uma miríade de efeitos, os quais podem ser verificados como a necessidade de observância da igualdade entre os cônjuges e companheiros, a proeminência da inserção de crianças e adolescentes no seio de suas famílias naturais ou substitutas, o respeito aos arranjos familiares contemporâneos, a exemplo das uniões homoafetivas.

Neste aspecto, cuida salientar que o Supremo Tribunal Federal, ao dispensar proteção legal e estatal as uniões homoafetivas, consagrou a existência dos aspectos caracterizadores da entidade familiar em uniões de pessoas do mesmo sexo, emprestando, por mais uma vez, substância ao afeto, enquanto elemento capaz de produzir efeitos de ordem jurídica. Para tanto, com o objetivo de ilustrar o ponderado, colaciona-se o paradigmático julgado:

**Ementa:** União Civil entre pessoas do mesmo sexo - Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - Legitimidade Constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: Posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) - [...] Reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece

assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo

sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. [...] (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ RE 477554 AgR/ Relator Ministro Celso de Mello/ Julgado em 16.08.2011/ Publicado no DJe-164/ Divulgado em 25.08.2011/ Publicado em 26.08.2011).

Ora, em decorrência da fluidez e complexidade do cenário contemporâneo, como bem acinzela Rolf Madaleno[15], com prodigiosa pertinência, não mais é admissível o deslocamento de tal entidade familiar para o direito obrigacional, porquanto a família não se constitui apenas de pai, mãe e prole; ao reverso, é precedida de uma estruturação psíquica em que cada um dos seus integrantes ocupa um lugar determinado, uma função, sem que haja a necessidade de estarem biologicamente atrelados. É verificável, deste modo, a proeminência dos valores atinentes à busca pela felicidade e solidariedade entre os companheiros, os quais passam a figurar como verdadeiro pavilhão

norteador das diversas manifestações e concretizações do vocábulo *família*. Neste passo, salta aos olhos o abandono da família enquanto núcleo preservador de tradições e costumes, bem como concentrador de patrimônio, erigindo, em seu lugar, a célula familiar, enquanto intrincado e complexo núcleo de desenvolvimento do indivíduo, motivado pela afirmação e potencialização de princípios basilares à natureza humana, dentre os quais a busca pela felicidade, a afetividade e a dignidade da pessoa humana são içadas à condição de flâmulas orientadoras.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, buscando promover um diálogo entre os anseios da sociedade e as maciças modificações insertas na sociedade, em decorrência do cenário contemporâneo, estabeleceu um sucedâneo de alterações em valores que, até então, estavam impregnados de aspecto eminentemente patrimonial. Nesta senda, denota-se que as disposições legais que norteavam as relações familiares, refletindo os aspectos característicos que abalizavam a Codificação de 1916, arrimada no conservadorismo, estavam eivadas de anacrocidade, não mais correspondendo aos desejos da sociedade. Nesta toada, é possível pontuar que, com clareza solar, o artigo 227 da Constituição Federal, em seu parágrafo 6º, hasteia o princípio da isonomia entre os filhos, afixando que *“os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer*

*designações discriminatórias relativas à filiação”[16]. Por oportuno, cuida evidenciar que o ideário de igualdade, enquanto flâmula orientadora, tem o condão de obstar as distinções entre filhos, cujo argumento de fundamentação é a união que estabelece o liame entre os genitores, casamento ou união estável, além de repudiar as diferenciações alocadas na origem biológica ou não. “Não há mais, assim, a possibilidade de imprimir tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem. Sequer admite-se qualificações indevidas dos filhos”[17]. Ora, com a promulgação da Carta de 1988, verifica-se que o Constituinte, sensível ao cenário contemporâneo apresentado, bem como impregnado pela mutabilidade, passou a valorar as relações familiares enquanto emolduradas pelo aspecto de afetividade.*

Desta feita, com supedâneo em tal sedimento, é plenamente possível anotar que todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, seja em órbita patrimonial, seja em âmbito pessoa. Destarte, todos os dispositivos legais que, de maneira direta ou indireta, acinzelem algum tratamento diferenciado entre os filhos deverão ser rechaçados do Ordenamento Pátrio. Operou-se, desta sorte, a plena e total equiparação entre os filhos tanto na constância da entidade familiar como aqueles tidos fora de tal entidade, bem assim os adotivos. Ademais, não mais prosperam as regras discriminatórias que antes nomeavam os filhos como sendo ilegítimos. Trata-se, com efeito, da promoção da dignidade da pessoa humana, superprincípio hasteado

pelo Ordenamento Pátrio como pavilhão, que fora, em razão dos costumes e dogmas adotados pelo Códex de 1916 olvidados. Colaciona-se, além disso, o entendimento jurisprudencial que obtempera:

**Ementa:** Direito de Família. Filiação Adulterina. Investigação de Paternidade. Possibilidade Jurídica. I – Em face da nova ordem constitucional, que abriga o princípio da igualdade jurídica dos filhos, possível é o ajuizamento da ação investigatória contra genitor casado. II – Em se tratando de direitos fundamentais de proteção a família e a filiação, os preceitos constitucionais devem merecer exegese liberal e construtiva, que repudie discriminações incompatíveis com o desenvolvimento social e a evolução jurídica. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 7.631/RJ/ Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira/ Julgado em 17.09.1991/ Publicado no DJ em 04.11.1991, p. 15.688).

Nesse diapasão, a mais proeminente consequência da afirmação do corolário da isonomia entre os filhos é tornar o interesse menorista o essencial critério de solução de conflitos que envolvam crianças ou adolescentes, inserindo robustas alterações no poder familiar. Ao lado disso, cuida citar as ponderações de

Madaleno, “*embora ainda não tenha sido atingido o modelo ideal de igualdade absoluta da filiação, porque esquece a lei a filiação socioafetiva, ao menos a verdade biológica e a adotiva não mais encontram resquício algum de diferenciação e tratamento*”<sup>[18]</sup>. Sobreleva ponderar que a isonomia propalada no Texto Constitucional compreende a prole havida ou não durante a constância do matrimônio, bem como “*os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro)*”<sup>[19]</sup>, como bem destacam Flávio Tartuce e José Fernando Simão. Neste sentido, é possível colacionar que “*a licença maternidade conferida às mães adotantes encontra-se embasada no princípio da isonomia insculpido na Carta Magna, que garantiu tratamento igualitário aos filhos naturais e adotivos, consoante disposto no art. 227, da CR/88*”<sup>[20]</sup>. Com toda a propriedade e pertinência, as modificações propiciadas pelos anseios da coletividade e pela contemporaneidade, as quais influenciaram o Constituinte na elaboração da Carta Cidadã, permitiram que fossem extirpadas do Ordenamento Pátrio as discriminatórias expressões de *filho adulterino* e *filho incestuoso*, tal como a nomenclatura de *filho espúrio* ou *filho bastardo*, que refletiam o tratamento diferenciador existente durante o Estatuto Civil de 1916, o qual privilegiava a família pautada no conservadorismo e no patrimônio. Ora, a norma abrigada no Texto Constitucional estabelece a isonomia entre toda a prole, consagrando, por mais uma vez, os



aspectos de afetividade, não permitindo mais a diferenciação que vigia.

Insta salientar que, conquanto a legislação não tenha consagrado à proteção a filiação socioafetiva, os Tribunais de Justiça, com fincas no superprincípio da dignidade da pessoa humana, têm ofertado respaldo a tal situação. Afora isso, impender negritar que a estruturação de uma relação pautada em liames socioafetivos, de maneira indelével e robusta, a existência do filho afetivo assegura o direito subjetivo, inclusive, de vindicar em juízo o reconhecimento desse vínculo. No mais, deve a filiação socioafetiva ser inconteste, reunindo, via de consequência, além do óbvio convívio entre os possíveis genitores e os pretensos filhos, elemento concretos, que demonstrem, com segurança, que aqueles detinham o desejo de exercerem a condição de pais, conjugado com o nome, o tratamento e os fatores caracterizadores da posse do estado de filho. Cita-se, oportunamente, o seguinte entendimento jurisprudencial que se coaduna com o lançado a campo:

**Ementa:** Civil e Processual Civil.  
Recurso Especial.  
Família. Reconhecimento de  
Paternidade e Maternidade  
Socioafetiva. Possibilidade.  
Demonstração. 1. A paternidade ou  
maternidade socioafetiva é  
concepção jurisprudencial e doutrinária  
recente, ainda não abraçada.

expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica. 2. A norma princípio estabelecida no art. 27, *in fine*, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão. 3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico. [...] (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1189663/RS/ Relatora Ministra Nancy Andrigli/ Julgado em 06.09.2011/ Publicado no DJe em 15.09.2011)

**Ementa:** Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar. [...] - O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha. - Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de

vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto. - Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, com o também “parentes com os de outra origem”, conforme pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural. - Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. - Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o

condão de extirpar da criança – hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo – preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares. [...] (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1000356/SP/ Relatora Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 25.05.2010/ Publicado no DJe em 07.06.2010)

Com realce, a realidade inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notadamente a robusta tábua principiológica que a influencia, concatenada com os anseios da sociedade, rendeu ensejo a um polimorfismo familiar, manifestado precipuamente no princípio da diversidade das entidades familiares, viabilizando que núcleos familiares distintos gozem do amparo legal e reconhecimento, bem assim especial proteção do Ente Estatal, como instrumento de afirmação dos feixes irradiados pela dignidade da pessoa humana. Não se pode olvidar que os princípios constitucionais concernentes a institutos típicos de direito privados passaram a nortear a própria interpretação a ser

conferida à legislação infraconstitucional. O bastião robusto da dignidade da pessoa humana passou a assumir dimensão transcendental e normativa, sendo a Carta de 1988 içada a centro de todo o sistema jurídico, irradiando, por conseguinte, seus múltiplos valores e conferindo-lhe unicidade. No mais, cuida pontuar que o direito é fato, norma e valor, motivo pelo qual a modificação maciça do fato deve, imperiosamente, conduzir uma releitura do fenômeno jurídico, iluminado pelos novos valores hasteados. Destarte, a família é um fenômeno fundamentalmente natural-sociológico, cuja gênese é antecedente a do próprio ente Estatal.

## **5 O Recurso Extraordinário nº 788.889: A Consagração da Isonomia entre a Licença Gestante e a Licença Adotante como desdobramento do Corolário da Afetividade nas relações familiares**

À luz dos argumentos expendidos até o momento, é imperioso analisar o desdobramento advindo do julgamento do Recurso Extraordinário nº 788.889, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que, fulcrado em um sucedâneo axiológico, em especial o da afetividade, do melhor interesse da criança, do tratamento isonômico entre filhos biológicos e socioafetivos e da dignidade da pessoa humana, decidiu que inexistente sedimento constitucional autorizador para o estabelecimento de distinção entre a genitora gestante e a genitora adotante, logo, não seria crível prosperar a tese de que haveria distinção nos prazos das respectivas licenças.

No início do seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso, relator do recurso, fez um apanhado quanto às mudanças na legislação pertinente ao tema nos últimos anos. Destacou, entre outros pontos, a plena igualdade entre os filhos estabelecida no artigo 227, parágrafo 6º, e o direito à licença-maternidade de 120 dias à gestante, disposto no artigo 7º, inciso XVIII, da Carta da República. Na evolução da legislação, o ministro salientou que, ao contrário da administração pública, a iniciativa privada, por previsão na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), prevê o mesmo tempo de licença-maternidade para mães biológicas e adotantes. “No serviço público hoje se discrimina entre mãe gestante e mãe adotante e em razão da idade da criança adotada”[\[21\]](#), disse. O ministro apresentou ainda resultado de pesquisas quanto ao quadro do sistema de adoção que afirmam que as crianças mais velhas são rejeitadas pela maioria dos casais que desejam adotar. Destacou ainda que quanto maior o tempo de internação, mais difícil é a adaptação das crianças à família adotiva, o que faz, nesses casos, ainda mais necessária a dedicação e disponibilidade dos pais adotivos. “Portanto, nada na realidade das adoções e muito menos na realidade das adoções tardias indica que crianças mais velhas precisem de menos cuidados ou de menos atenção do que bebês. É justamente o contrário”[\[22\]](#).

Para Barroso, o tratamento mais gravoso dado ao adotado de mais idade viola o princípio da proporcionalidade na medida em que cria mais

dificuldade a quem mais precisa. “Se quanto maior é a idade maior é a dificuldade de adaptação da criança à nova família e se o fator mais determinante da adaptação é a disponibilidade de tempo dos pais para a criança, não é possível conferir uma licença maternidade menor para o caso de adoção de crianças mais velhas”<sup>[23]</sup>, afirmou. O ministro votou pelo provimento do recurso para reconhecer, no caso concreto, o direito da recorrente ao prazo remanescente da licença, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já usufruído, seja de 180 dias de serviço remunerado (os 120 dias previstos no artigo 7º da CF acrescidos dos 60 dias de prorrogação previstos na Lei 11.770/2008). Em seu voto, foi fixada a seguinte tese, para fins de aplicação da repercussão geral: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores ao prazo da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada” <sup>[24]</sup>.

Cuida, portanto, reconhecer que a decisão exarada no Recurso Extraordinário nº 788.889 apresenta-se como importante marco interpretativo e conformador jurisprudencial para a igualização dos direitos fundamentais, sobretudo no que concerne à vedação de tratamento distintivo, em uma conotação negativa, entre situações que não guardam distinção. Ora, ao se admitir que a genitora adotante encontra-se em inferioridade em relação à genitora gestante, conforme entendimento explicitado pelo próprio



Supremo Tribunal Federal[25], ao julgar o Recurso Extraordinário 197.807. Assim, ao se admitir a continuidade da tese jurídica assentada em 2000, diante do fortalecimento dos vínculos socioafetivos como elementos estruturantes das famílias contemporâneas, seria uma interpretação equivocada e descompassada do Texto Constitucional, empregando-lhe como instrumento desagregador e não inclusivo, capaz de reconhecer e conferir dignidade a todo indivíduo, em especial aqueles que tem a família pautada no afeto.

### **Referências:**

**BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 mar. 2016a.

\_\_\_\_\_. **Lei N°. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 mar. 2016b.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 11 mar. 2016c.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 11 mar. 2016d.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 06. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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 11 mar. 2016.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 11 mar. 2016.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 11 mar. 2016.

SARMENTO, Daniel. Casamento e União entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais *in*: **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

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 11 mar. 2016.

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 11 mar. 2016.

#### 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 11 mar. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 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](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 11 mar. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] 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 11 mar. 2016.

[5] MARQUESI, 2004, s.p.

[6] VERDAN, 2009, s.p.

[7] 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 11 mar. 2016.

[8] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 22.

[9] MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, p. 66.

[10] Neste sentido: MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 1.0024.11.026717-6/001. Apelação Cível - Direito de Família - Ação Declaratória - Paternidade Sócio-Afetiva - Situação Fática - CR/88 - Requisitos - Relação paterno filial não demonstrada. - O elemento sócio-afetivo foi elevado a valor jurídico pela Constituição da República de 1988, com o intuito de possibilitar o reconhecimento pela ordem jurídica de situações fáticas que antes ficavam desprotegidas, estando tutelado, inclusive, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), em seus artigos 28 a 52, ao tratar das famílias substitutas. - Atualmente, a paternidade afetiva vem assumindo grande importância, já que a posse do estado de filho é que gera os efeitos jurídicos capazes de definir a filiação. É dizer, a filiação não decorre apenas de vínculos sanguíneos, mas, sobretudo, das relações afetivas. - Não demonstrado nos autos os requisitos necessários à

configuração da paternidade sócio-afetiva não há como declará-la. Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível. Relator: Desembargador Dárcio Lopardi Mendes. Julgado em 06.09.2012. Publicado no DJe em 12.09.2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 11 mar. 2016.

[11] MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Apelação Cível 1.0024.09.643339-6/001. Ação anulatória de paternidade cumulada com exoneração de alimentos - Anseio do pai registral em ver revista a qualificação paterna no registro da criança - Estudo Social - Demonstração de existência de relação paterno-filial entre o pai sócio-afetivo e a criança - Prevalência dos interesses da menor - Provimento negado. A filiação sócio-afetiva é aquela em que se desenvolvem durante o tempo do convívio, laços de afeição e identidade pessoal, familiares e morais. À luz do princípio da dignidade humana, bem como do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, traduz-se ser mais relevante a idéia de paternidade responsável, afetiva e solidária, do que a ligação exclusivamente sanguínea. O interesse da criança deve estar em primeiro lugar, uma vez que é inegável que em casos de convivência habitual e duradoura com pessoas estranhas ao parentesco, o menor adquire vínculos de confiança, amor e afetividade em relação a estas pessoas. Esse vínculo não pode ser destruído, mesmo que com base na ausência laços biológicos, se afronta os interesses da

criança, colocando-a em situação de instabilidade e insegurança jurídica e emocional. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Julgado em 17.10.2012. Publicado no DJe em 19.10.2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 11 mar. 2016.

**[12] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Acórdão proferido em Apelação Cível N° 70052673894. Negatória de paternidade. Registro civil. Inexistência de vínculo biológico. Liame socioafetivo. 1. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do CCB). 2. A anulação do registro civil, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude). 3. Não pode alegar que foi induzido a erro o companheiro da genitora quando afirma, na exordial, que, durante o tempo de relacionamento, ocorreram diversas brigas entre o casal e a genitora da menor manteve, de forma concomitante, relacionamento amoroso com outros homens. 4. Em que pese o distanciamento entre a verdade real e a biológica, o acolhimento do pleito anulatório não se justifica quando o ato jurídico de reconhecimento de filho não padece de vício e quando ficou claro que se estabeleceu forte liame socioafetivo. Recurso desprovido. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: Ministro Sérgio Fernando de Vasconcellos

Chaves. Julgado em 30.01.2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 11 mar. 2016.

[13] SARMENTO, Daniel. Casamento e União entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais *in*: **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 643.

[14] GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 06. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

[15] MADALENO, 2008, p. 66.

[16] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 mar. 2016a.

[17] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 41.

[18] MADALENO, 2008, p. 67

[19] TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 13.

[20] MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Agravo de Instrumento N° 1.0433.11.022098-8/001. Agravo de instrumento. Tutela antecipada. Licença maternidade. Servidora municipal. Constituição da República. Prorrogação do



benefício. Possibilidade. Cedição é que a licença maternidade conferida às mães adotantes encontra-se embasada no princípio da isonomia insculpido na Carta Magna, que garantiu tratamento igualitário aos filhos naturais e adotivos, consoante disposto no art. 227, da CR/88. A norma constitucional que instituiu o benefício da licença maternidade (art. 7º, inciso XVIII, da CF/88) não se limita apenas à proteção da mãe (biológica ou adotante), mas, sobretudo à proteção do filho recém-nascido. Nos termos dos arts. 41 do ECA, não há que se falar entre diferença de direitos para filhos adotados ou não. Recurso ao qual se nega provimento. Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Dídimo Inocêncio de Paula. Julgado em 22.03.2012. Publicado no DJe em 30.03.2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 11 mar. 2016.

[21] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 11 mar. 2016d.

[22] Ibid.

[23] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 11 mar. 2016d.

[24] Ibid.

[25] Ibid. Acórdão proferido em Recurso Extraordinário 197.807. Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da

empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgado em 30.05.2000. Publicado no DJ em 18.08.2000. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 11 mar. 2016d.

## **DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 280/2016 (ABUSO DE AUTORIDADE)**

**CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:**  
Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

O renomado dicionário Priberam da língua portuguesa define “abuso” como “mau uso, uso excessivo, excesso, desmando, desregramento”.

A expressão abuso, assim, não comporta o ato solitário, o agir inédito, a conduta ocasional. Para a caracterização do abuso mister se faz a ação rotineira, a violação sistemática do dever funcional.

E mais do que isso. O ato abusivo não se satisfaz com a culpa. O dolo reiterado é elemento subjetivo indispensável presente na conduta abusiva – recidivante! – do agente. A culpa é casual, fortuita. No abuso o dolo está (sempre) impregnado na vontade livre e deliberada de exceder, sistematicamente, os limites da lei.

Um aluno que durante a aula pede ao professor uma única vez para ir ao banheiro ou beber água não comete nenhum abuso. Aquele que pede cinco vezes a mesma coisa abusa do seu direito. De modo que o comportamento deste último, analisado sob uma ótica universal e global, permite avaliar a abusividade no seu agir. O primeiro deseja a satisfação de uma necessidade fisiológica, o último destruir a aula de seu professor.

Pois bem. A criminalização do agir do agente público sob o rótulo de abuso de autoridade não é diferente.

Um juiz que entende presentes os motivos para a decretação da prisão preventiva de determinada pessoa ou defere uma medida protetiva de urgência da Lei Maria da Penha não comete nenhum abuso de autoridade. Se sua decisão for reformada através da interposição do recurso cabível ou da impetração de habeas corpus o caso foi de interpretação diversa levada a efeito pelo Tribunal.

Agora, se um juiz sistematicamente têm seus decretos de prisão preventiva revistos pelo Tribunal, configurando-se o agir reiterado em

desconformidade com a apreciação da lei, aí sim poderá se perquirir e investigar a possível conduta caracterizadora do abuso de autoridade.

Não se pode dissociar a teoria legislativa da prática forense. Uma coisa é a equivocada ou divergente interpretação da lei, outra coisa é o agente inescrupuloso que sistematicamente viola seu dever funcional. O erro, o equívoco, a imperfeição passa anos-luz da definição de abuso. O abuso é mal, o abuso destrói, seu solo é podre, contaminado pela perversão.

Os próprios Tribunais, inclusive os Tribunais Superiores, possuem interpretações divergentes entre suas Câmaras, Turmas e Seções. A ciência do Direito é fluida, plasmável, admite infinitas interpretações.

Cabe aqui lembrar a velha lição de que o juiz não aplica a lei, mas a norma. É a norma que dá vida ao direito a ser aplicado a cada caso concreto. A norma é extraída de todo o ordenamento jurídico, compreendendo-se também os tratados e convenções internacionais vigentes. O juiz é por primazia o extrator único da norma.

Percebe-se, assim, que o rol de delitos tipificados no Projeto de Lei do Senado nº 280/2016, que trata do abuso de autoridade, mais se aproxima, ou tenta se aproximar, nas suas elementares dos crimes praticados contra a administração pública e contra a administração da Justiça. Estes se comprazem com a conduta única, com o agir casual, fortuito, que não exclui a antijuridicidade material.

Mas se não há o abuso, leia-se, se não há a conduta reiterada, o agir assíduo em desconformidade com a lei e, ainda, ausente esse propósito no espírito do agente público, estaremos diante em última análise de ato judicial praticado dentro das balizas da independência funcional do juiz, passível de impugnação recursal, que poderá vir a ser ou não reformado pelo Tribunal.

A garantia constitucional da independência funcional desautoriza transformar automaticamente a decisão judicial passível de recurso ou irresignação mediante as ações constitucionais em crime de abuso de

autoridade, quando ausente a violação sistemática da legislação, o propósito metuculoso de neutralizar o império da lei.

Não queremos juizes somente em Berlim. Todos somos moleiros de Sans-Souci. Não destruam nossos velhos moinhos, nem nossa esperança.

## A PROEMINÊNCIA DO DIREITO AO LAZER: O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**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:** Evidenciar se faz imprescindível que o sentido de fundamentalidade do direito ao lazer - que representa, no contexto da construção histórica dos direitos básicos inerentes à pessoa humana, uma das expressões mais robustas das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, no que pertine às instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, de maneira plena, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo Texto Constitucional. Denota-se, desta sorte, que, ultrapassando a simples positivação dos direitos sociais, o que traduz estágio imprescindível ao processo de afirmação constitucional e que afigura como pressuposto indispensável à perseguição de sua eficácia jurídica, recai sobre o Ente Estatal, independente da esfera, o inafastável liame institucional consistente em conferir manifesta efetividade a tais prerrogativas elementares. Tal fato decorre da necessidade de permitir, ao indivíduo, nas situações de injustificável inadimplemento da obrigação, que tenham eles acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente atreladas à realização, no que se refere às entidades governamentais, da tarefa imposta pela Carta de 1988.

**Palavras-chaves:** Direitos Fundamentais Sociais. Direito ao Lazer. Judicialização dos Direitos Fundamentais.

**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 A Proeminência do Direito ao Lazer: O Entendimento do Supremo Tribunal Federal.

---

### **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"*<sup>[1]</sup>. 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 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 Verdán, *“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 acepção, 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 vassalos, 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[26]. 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[27].

### **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[28]. 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[29] 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[30], 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[31], da reserva legal[32] e anterioridade em

matéria penal, da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

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”* [35], 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[36]. 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”*[37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[38], 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, primordialmente *“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”*[39], 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[40], 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[41].

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”[42]. 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”[43], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

## **5 A Proeminência do Direito ao Lazer: O Entendimento do Supremo Tribunal Federal**



Em um primeiro comentário, ao rememorar a moldura que dispõe sobre o direito ao lazer, cuida reconhecer sua consagração, de maneira expressa, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas, em 1948[44]. Nesta perspectiva, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fortemente influenciada pelos ideários de fraternidade advindos da novel realidade jurídica de cunho humanístico, consagrou, expressamente, em seu artigo 6º, o direito ao lazer como direito social e, portanto, inerente ao desenvolvimento do indivíduo. Com destaque, trata-se de reconhecer, em razão da complexidade encerrada no superprincípio da dignidade da pessoa humana, a imperiosidade do lazer como pilar estruturante da concepção do homem contemporâneo, dinâmico e que encontra na ambiência urbana o seu nicho de desenvolvimento.

Assim sendo, ao reconhecer a essencialidade daquele, cuida reconhecer que aludido direito social atende as seguintes necessidades humana: (i) necessidade de libertação, contrapondo-se à angústia e ao peso decorrentes das atividades não escolhidas livremente; (ii) necessidade de compensação, porquanto a vida atual é repleta de tensões, ruídos, agitação, cominando-se a imperiosidade do silêncio, da calma, do isolamento como meios destinados à contraposição das nefastas consequências da vida diária do trabalho; (iii) necessidade de afirmação, eis que a maioria dos homens encontra-se em um estado endêmico de inferioridade, num verdadeiro *status* de humilhação fomentada pelo trabalho de oficinais, estabelecendo-se um momento de afirmação de si mesmo, de auto-organização da atividade e de utilização de tais momentos para a satisfação de seus desejos; (iv) necessidade de recreação como meio de restauração biopsíquica; (v) necessidade de dedicação social, vez que o homem não é apenas trabalhador, mas também possui uma dimensão social maior, já que é membro de uma família, habitante de um município, membro de outras comunidades de natureza religiosa, esportiva e cultural, para as quais necessita de tempo livre; (vi) necessidade de desenvolvimento integral e equilibrado, como um dos desdobramentos lógicos da condição de ser humano.

Nesta toada, o Supremo Tribunal Federal, em entendimento externado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.950, de relatoria do Ministro Eros Grau, decidiu que “o direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes”[45]. Em paradigmático precedente, a Suprema Corte Brasileira assenta o reconhecimento

do direito ao lazer como pilar indissociável para a formação do indivíduo, constituindo, pois, núcleo denso de promoção e realização da dignidade da pessoa humana. No que atina especificamente ao direito ao lazer, a partir do julgado em testilha, denota-se que o lazer se apresenta como mecanismo para a formação do indivíduo. Sendo assim, é mister sublinhar que para ter uma vida saudável e digna, faz-se necessário que o indivíduo tenha ambientes propícios para a realização do lazer, o que se dá por meio de escolha pessoal, com gratuidade e desinteresse senão na própria satisfação, prazerosa e liberatório das obrigações. Trata-se, portanto, de reconhecer que o lazer é mecanismo imprescindível para o desenvolvimento humano, configurando um âmbito de proteção do desgaste peculiar do trabalho e que permite uma interação daquele com o meio em que está inserido.

#### **REFERÊNCIAS:**

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 13 mar. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 13 mar. 2016.

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

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 13 mar. 2016.

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

CORREIA, Érica Paula Barcha. A relação homoafetiva e o direito de seguridade social – uma leitura a partir dos direitos

fundamentais. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

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.

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

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 13 mar. 2016.

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: 13 mar. 2016.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 13 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 13 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 13 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 13 mar. 2016.

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 13 mar. 2016.

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 13 mar. 2016.

#### 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 13 mar. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 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](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 13 mar. 2016.

[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 13 mar. 2016.

[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 13 mar. 2016, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 13 mar. 2016.

[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 13 mar. 2016.

[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 13 mar. 2016: “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 13 mar. 2016: “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] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “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] *Ibid.* “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 13 mar. 2016: “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 13 mar. 2016: “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] *Ibid.* “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 13 mar. 2016: “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] SILVA, 2004, p.155.

[27] MORAES, 2003, p. 28.

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

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[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 13 mar. 2016: “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”.

[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 13 mar. 2016: “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”.

[32] *Ibid.* “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”.

[33] *Ibid.* “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”.

[34] *Ibid.* “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”.

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

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] 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: 13 mar. 2016.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, [2003](#), s.p.

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

[41] SANTOS, [2003](#), s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

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

[44] ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 13 mar. 2016. Artigo XXIV. Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

[45] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.950. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo. Meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Ingressos em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Competência concorrente entre a União, Estados-membros e o Distrito Federal para legislar sobre direito econômico. Constitucionalidade. Livre iniciativa e ordem econômica. Mercado. Intervenção do Estado na economia. Artigos 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição do Brasil. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade



titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Relator: Ministro Eros Grau. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 03 nov. 2005. Publicado no DJe em 02 jun. 2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2016.

## **CASO ADRIANA ANSELMO: FOI CORRETA A SUBSTITUIÇÃO DA SUA PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR?**

**LEONARDO SARMENTO:** Advogado. Professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV.

A mulher presa gestante ou com filho de até 12 anos de idade incompletos tem direito a requerer a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. É o que estabelece a Lei n. 13.257, editada em dia 8 de março de 2016, que alterou artigos do Código de Processo Penal.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:  
(...)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

Esta foi a fundamentação que substituiu a prisão preventiva de Adriana Ancelmo mulher do Ex-Governador Sérgio Cabral. Mas será que foi a decisão mais acertada?

As hipóteses de prisão domiciliar previstas nos incisos do art. 318 do CPP são sempre obrigatórias? Em outras palavras, se alguma delas estiver presente, o juiz terá que, automaticamente, conceder a prisão domiciliar sem analisar qualquer outra circunstância?

A presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Além do que na forma da literalidade d art. 318 em comento o juiz “poderá” e não “deverá” realizar a substituição.

O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se mostrar adequada à situação concreta. Não basta que a mulher presa tenha um filho menor de 12 anos de idade para

que receba, obrigatoriamente, a prisão domiciliar. Será necessário examinar as demais circunstâncias do caso concreto e, principalmente, se a prisão domiciliar será suficiente ou se ela, ao receber esta medida cautelar, ainda colocará em risco os bens jurídicos protegidos pelo art. 312 do CPP.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Os atos gravíssimos praticados por Adriana Ancelmo fundamentaram o pedido de prisão preventiva por representarem perigo concreto à ordem pública e econômica e da aplicação da lei penal.

Não houve qualquer alteração na situação fática que fizesse desaparecer os fundamentos da preventiva. A liberdade de Adriana Ancelmo continua representando perigo a ordem pública e econômica além da aplicação da lei penal. Assim os bens jurídicos que se procurou tutelar com a subsunção do art. 312 permanecem em risco, desautorizada a nosso sentir a transformação da preventiva em domiciliar.

As restrições adotadas com a vedação do uso de internet e telefone no imóvel na impede que Adriana Ancelmo Receba visitas em seu domicílio e livremente delibere seus desígnios criminosos. Além do que mesmo a vedação constante na decisão é de duvidosa efetividade prática, quando a fiscalização é de difícil realização.

Inapelavelmente esta decisão liminar do STJ que aplicou a letra da lei sem levar em consideração as circunstâncias concretas do caso, a inalterabilidade das razões que vieram a decretar a prisão preventiva de Adriana Ancelmo, peca ainda pela gritante ausência de isonomia na aplicação da lei.

Existe uma enorme população carcerária de mulheres presas preventivamente e a espera de julgamento na mesma situação de Adriana

Ancelmo, ou melhor, aguardando por anos presa acusadas do cometimento de crimes de bagatela, muitos para subsistência própria e/ou dos seus filhos menores. Um sem número delas com filhos menores, na mesma situação de Adriana Anselmo, mas que furtaram o equivalente a 50 reais e não o equivalente a 50 milhões de reais (números exemplificativos - hipotéticos).

Assim Georgina Gonçalves entrou em um supermercado na cidade mineira de Varginha e colocou na bolsa cinco frascos de chiclete de menta a dois desodorantes com aroma para adolescentes. A conta daria R\$ 42,00, mas ela saiu sem pagar. Logo que deixou o estabelecimento, foi abordada pelos seguranças, que chamaram a polícia. Os produtos foram devolvidos às prateleiras e Georgina foi presa em flagrante. O fato ocorreu em 18 de fevereiro de 2011. Até este mês encontrava-se presa. Em apertada votação (3X2), o STF a libertou após ter seu habeas corpus negado pelo mesmo STJ que concedeu prisão domiciliar a Adriana Anselmo.

É tarefa mais que árdua, que requer embriagada dose de argumentos contraditórios para nós que nos propomos a debater o Direito Constitucional, em especial a máxima efetividade dos direitos fundamentais, explicar a mais absoluta ausência de um razoável tirocínio lógico-decisório que o poder econômico pode promover em termos de ausência de isonomia nas decisões judiciais. As discrepâncias que o poder econômico ainda promove em nossos julgados demonstra um Brasil ainda separado por castas onde a isonomia é percebida absurdamente pelo nosso Judiciário como mera tábula rasa.

Finalizemos com o que entendemos ser o principal artigo da Constituição, não a toa o mais conhecido deles e por ironia do destino o mais desprezado pelas autoridades públicas:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...).

Por fim a questão ainda restará enfrentada em seu mérito pelo colegiado, quando esperamos maior discernimento e respeito aos pilares constitucionais da isonomia e da moralidade. Os benefícios processuais existem, mas parecem dirigidos, seletivos, efetivos tão somente para as castas de Poder.

## **NOVA LEI DE GARANTIA DE DIREITOS DA CRIANÇA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA**

**CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:**  
Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Vai à sanção presidencial o Projeto de Lei da Câmara nº 3792, de 2015, de autoria da Deputada Maria do Rosário, que estabelece o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas de violência.

O PL 3792/2015 atende ao disposto no Art. 227 da Constituição Federal, na Convenção Sobre os Direitos da Criança e na Resolução nº 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, criando mecanismos para prevenir e coibir a violência contra crianças e adolescentes.

A Resolução nº 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas resguarda os direitos da criança e do adolescente à livre expressão e participação – conforme sua idade e maturidade – em todos os processos judiciais ou administrativos que lhes digam respeito.

Não trata o PL 3792/2015 da violência praticada contra crianças e adolescentes apenas no âmbito doméstico e familiar como faz a Lei Maria da Penha. O PL é expreso ao abranger a violência praticada no âmbito das relações domésticas, familiares e sociais. De modo a compreender a violência em geral, praticada em qualquer lugar e por qualquer pessoa.

Dentre as formas de violência praticadas contra a criança e o adolescente o PL 3792/2015 reconhece expressamente a violência física, a psicológica, a sexual e a institucional.

Nas subespécies de formas de violência, o PL 3792/2015 destaca a prática do bullying (intimidação sistemática), o ato de alienação parental, o cometimento de crime violento contra membro da família na presença da criança, a exposição do corpo da criança em fotos e vídeos em meio eletrônico, o ato libidinoso realizado para estimulação sexual por meios eletrônicos e a violência praticada por instituição pública ou conveniada.

Bom por em destaque que perante os Juizados da Infância e da Juventude Cíveis esses conceitos abertos de formas de violência em muito ajudarão à proteção da criança e do adolescente, não ficando juízes, promotores e defensores públicos reféns da tipicidade estrita afetas apenas às Varas Criminais. Algo bem parecido com o que acontece com a medida protetiva de urgência da Lei Maria da Penha, de natureza cível, que dispensa a demonstração da tipificação criminosa para proteção da mulher.

De acordo com o PL 3792/2015, em qualquer processo judicial cível ou criminal, a criança ou o adolescente só poderão ser ouvidos sobre a situação de violência por meio da chamada escuta especializada e depoimento especial, oportunizando-se que estes conheçam os profissionais que participarão do procedimento.

O depoimento especial, sempre que possível, deverá ocorrer uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório.

Nos casos de menores de sete anos ou de abuso sexual o depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação da prova.

Toda criança e adolescente gozará da prerrogativa de receber informação adequada sobre os serviços de assistência e representação jurídicas, medidas de proteção, reparação de danos e sobre qualquer procedimento a que seja submetido.

O PL 3792/2015 cria expressamente as medidas protetivas em favor da criança e do adolescente, nos mesmos moldes da Lei Maria da Penha, contra o agressor. Que poderá ser pleiteada nas Varas Criminais, Juizados da Infância e da Juventude Cíveis e até mesmo nas Varas de Família, independentemente de ação penal em curso.

Neste sentido, já decidiu o STJ:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL.  
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A  
MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N.

11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA).  
INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA  
JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO  
POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM  
CURSO.

1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. ‘O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas’ (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1419421/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 07/04/2014)”.

Se antes o juiz consultava a criança ou o adolescente e seu representante legal a respeito da presença do agressor na sala de audiência, o PL 3792/2015 proibirá terminantemente esse tipo de contato, ainda que visual. Inclusive com outras pessoas, além do agressor, que representam alguma forma de ameaça, coação ou constrangimento para o menor.



O PL 3792/2015 deseja que Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Polícia Civil contem com seus respectivos órgãos especializados no atendimento às crianças e aos adolescentes vítimas de violência.

O discurso proferido pela Deputada Maria do Rosário, autora do PL 3792/2015, na Câmara dos Deputados, aos 21/02/2017, bem sintetiza o espírito do Projeto que deverá ser sancionado sem vetos pelo Senhor Presidente da República:

“Sr. Presidente, eu quero destacar novamente a disposição da Relatora de acolher as emendas, para trabalharmos em conjunto, desde que preservado o espírito do projeto. Todas as organizações e os partidos apresentaram propostas.

Quero destacar também que este projeto é de autoria da Frente Parlamentar de Defesa e Promoção dos Direitos da Criança, composta por vários Parlamentares que estão nos acompanhando neste plenário.

Pediria a todos que ficassem aqui, porque nós trabalhamos para que a criança vítima seja escutada de forma adequada. Quando a criança é escutada de forma adequada, a responsabilização daquele que abusa, que estupra, que espanca, que maltrata é mais passível de vir a acontecer efetivamente. A escuta no período pré-processual e o depoimento são muito importantes para a preservação dos direitos.

A matéria proposta agora realmente é alheia a tudo o que nós pensamos. Creio que a Relatora tenha buscado soluções. Pediria ainda aos Deputados que a ajudassem, porque nós não pretendíamos fazer votações que pudessem nos segmentar. De toda forma, estamos prontos para votar.

Eu faço este apelo, Deputado Carlos Manato, porque este projeto voltou à pauta depois que uma adolescente de 16 anos foi estuprada por cerca de 30

homens no Rio de Janeiro. O primeiro atendimento que ela recebeu na delegacia foi considerado extremamente violento. Não vou nem repetir aqui as palavras que foram ditas.

Naquela época, o Deputado Giacobbo, que presidia a Mesa, aceitou criar uma Comissão Especial. Nós analisamos o tema, e a Deputada Laura Carneiro fez um amplo estudo e criou um substitutivo que mudou muito a matéria. Isso ocorreu com a contribuição de todos os colegas.

Agora é o momento de darmos essa resposta para o Brasil, Deputado Manato, explicando como uma criança tem que ser escutada, como deve ser feita a sua denúncia, como não se deve expor essa criança, como a sua família também tem que ser protegida.

Nesse sentido, pediria aos Deputados que retirassem a emenda, que não tratassem de outro assunto referente ao Código Civil, criando uma polêmica desnecessária. Se o Deputado tem outra proposta, ele pode apresentar um projeto de lei, mas não comprometa este sobre a proteção da infância que tramita com o apoio de toda a sociedade brasileira.

Este é o apelo que faço, como autora da matéria, em conjunto com meus colegas e a Frente Parlamentar.

Cumprimento a Deputada Laura mais uma vez”.

Assiste inteira razão à Deputada Maria do Rosário. Muito, pode e deve ser feito pela infância e juventude no Brasil. Vivemos tempos difíceis. Nas Varas da Infância e da Juventude no país a situação de nossos menores é mesmo desesperadora. A ausência de políticas públicas efetivas e concretas, a omissão generalizada da família e a indiferença da sociedade civil no que diz respeito aos direitos mínimos de crianças e adolescentes atingem níveis insuportáveis.

Assim, o PL 3792/2015 serve de alento ao Operador do Direito, traduzindo-se como mais uma ferramenta legal para promoção dos direitos da criança, tão massacrados diariamente no Brasil.

## **ISONOMIA MATERIAL À LUZ DO STF: A IMPRESCINDÍVEL SUBSTANCIALIZAÇÃO DO ADÁGIO "TRATAR IGUALMENTE OS IGUAIS E DESIGUALMENTE OS DESIGUAIS NA MEDIDA DA SUA DESIGUALDADE"**

**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:** Evidenciar se faz imprescindível que o sentido de fundamentalidade do direito à isonomia material - que representa, no contexto da construção histórica dos direitos básicos inerentes à pessoa humana, uma das expressões mais robustas das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, no que pertine às instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, de maneira plena, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo Texto Constitucional. Denota-se, desta sorte, que, ultrapassando a simples positivação dos direitos sociais, o que traduz estágio imprescindível ao processo de afirmação constitucional e que afigura como pressuposto indispensável à perseguição de sua eficácia jurídica, recai sobre o Ente Estatal, independente da esfera, o inafastável liame institucional consistente em conferir manifesta efetividade a tais prerrogativas elementares. Tal fato decorre da necessidade de permitir, ao indivíduo, nas situações de injustificável inadimplemento da obrigação, que tenham eles acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente atreladas à realização, no que se refere às entidades governamentais, da tarefa imposta pela Carta de 1988.

**Palavras-chaves:** Direitos Fundamentais. Isonomia Material. Interpretação Jurisprudencial.

**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 Primeiras Tessituras ao Princípio da Isonomia; 5 Isonomia Material à luz do STF: A Imprescindível substancialização do adágio “Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade”

---

### **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 acepção, 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”<sup>[10]</sup>, 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<sup>[11]</sup>. 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<sup>[12]</sup>, devido processo legal<sup>[13]</sup>, acesso à Justiça<sup>[14]</sup>, liberdade de locomoção<sup>[15]</sup> e livre entrada e saída do país<sup>[16]</sup>.

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<sup>[17]</sup>, reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal<sup>[18]</sup>. 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 [26]. 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 [27].

### **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 [28]. 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[29] 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[30], 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[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

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”* [35], 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 Primeiras Tessituras ao Princípio da Isonomia

A Carta Política de 1988 trouxe com suas linhas uma nova realidade, pautada, sobretudo, na valoração maciça de uma gama de princípios que, em tempos passados, foram ultrajados e renegados pelo Ordenamento Normativo Pátrio. Tal fato estrutura-se de maneira evidente em um período caracterizado pela forte repressão e por sucessivas ditaduras, que suprimiam os direitos mais inerentes da população, os condicionado como reféns do Ente Estatal. Isto é, o constituinte, ao idealizar a Carta de Outubro, pautou-se em fazer do documento inaugural de uma nova realidade como o instrumento garantidor do cidadão, acobertando os direitos mais importantes em suas linhas.

Desta feita, cabe trazer à tona a redação do artigo 5º., caput, que consagra em suas palavras o denominado Princípio da Isonomia, ou seja, o postulado que assegura a igualdade entre todos os indivíduos, sem se ater a qualquer característica peculiar o aspecto que distinga um indivíduo de seus semelhantes: *“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”* [36]. Posto isto,

cabe salientar que a igualdade não se apoia tão somente tratar os iguais como iguais, mas também, sobretudo, tratar os desiguais como desiguais na medida em que se desigualam. Isto é, não basta apenas a Carta Política do Estado Brasileiro expor que a igualdade abarca a todos, porém, é primordial que desenvolva os mecanismos necessários para assegurar tal tratamento, observando os pontos de maior celeuma e sanando-os, a fim de garantir uma igualdade de fato.

Ao avaliar o tema apresentado no tópico supra, revela-se de maneira evidente e cristalina que a concepção de igualdade se bifurca em duas esferas: igualdade formal e igualdade material. A primeira está atrelada à premissa que a igualdade está positivada tão somente na redação do dispositivo que a contempla, no caso em tela, um artigo constitucional, que ostenta o preceito da isonomia sob a epígrafe “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Assim, não tendo a efetiva aplicação e sendo estéril ao gerar resultados maciçamente modificativos no mundo concreto, em um primeiro momento, pode-se considerar como uma “norma morta”. Isto é, uma lei presa a suas linhas e que não possui qualquer capacidade de alterar a sociedade. Já a segunda (igualdade material) necessita de atitude positivas capazes de permitir a concretização da igualdade, para tanto, é salutar a atuação do Ente Estatal a fim de assegurar que no plano concreto exista de fato um tratamento equânime a todos. Desse modo, lançando mão dos ensinamentos de Silva, *“o entendimento da igualdade material, deve ser o de tratamento equânime e uniformizado de todos os seres humanos, bem como a sua equiparação no que diz respeito a possibilidades de concessão de oportunidades”*<sup>[37]</sup>.

No mais, a igualdade material tem por finalidade fundamental a busca pela equiparação dos cidadãos, em todos os aspectos, quais sejam: usufruir de direitos e sujeitos a deveres existentes. Dessa forma, pode-se considerar que o princípio da isonomia é uma norma programática, ou seja, tão somente por meio de medidas positivas, é viável extrair de sua redação o fim a que se destinou e concretizar o aquilo que foi proposto. Diante dessa singela apresentação, fica explícito que mesmo tão almejado o princípio da igualdade, sua real concretização só será

possível diante de atitudes positivas instituídas pelo Ente Estatal, a fim de alcançar tal fito. Essa concepção estrutura-se na premissa que a mera igualdade formal, ainda que seja um maciço pilar a ser observado, tem seu poder de atuação limitado, vez que a realidade se revela diametralmente oposta ao plano abstrato, sendo influenciado e mudado diante das alterações do meio em que o indivíduo encontra-se inserido. Assim, para se alcançar o fim a que se destinou, é primário que o princípio da isonomia alcance um cunho material, capaz de produzir resultados palpáveis e alterar um cenário caótico que insiste em vigorar. Isto é, uma sociedade marcada pela explícita exploração das camadas mais carentes e que gera uma desigualdade econômica, social e cultural de proporções preocupantes.

### **5 Isonomia Material à luz do STF: A Imprescindível substancialização do adágio “Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade”**

À luz das ponderações aventadas até o momento, cuida trazer à lume o reconhecimento, a partir do entendimento jurisprudencial ventilado pelo Supremo Tribunal Federal, da proeminência do princípio da isonomia, em sua acepção material, em sede de legislação que, em decorrência de aspectos peculiares, seja capaz de estabelecer tratamento distintivo, observando aspectos que desiguam os indivíduos. Como mais robusto exemplo do esposado, é possível aludir a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, ao decidir acerca do tratamento distintivo, conferido pela Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006[38], que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Denota-se, em um primeiro momento, que a proteção em relação à mulher está voltada para sua situação de vítima

da violência de gênero, em decorrência dos aspectos peculiares, sem que isso implicasse em ofensa ao primado plasmado da isonomia formal.

**Ementa:** Violência Doméstica – Lei nº 11.340/06 – Gêneros Masculino e Feminino – Tratamento diferenciado. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. Competência – Violência doméstica – Lei nº 11.340/06 – Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. Violência doméstica e familiar contra a mulher – Regência – Lei nº 9.099/95 – Afastamento. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares. (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADC nº 19/ Relator: Ministro Marco Aurélio/ Julgado em 09 fev. 2012/ Publicado no DJe em 29 abr. 2014).

Em alinhamento ao argumento explicitado, o artigo 7º<sup>[39]</sup> da citada lei revela o que se entende como violência doméstica e familiar contra a mulher: não é só a violência física, mas também a psicológica, a social, a patrimonial e a moral. Deu-se concretude ao texto constitucional, com a finalidade de mitigar, porquanto se mostra impossível dissipar por completo, o que acontece Brasil afora. Em diálogo, ainda, ao ponderado,



cuida sublinhar que A família mereceu proteção especial da Constituição de 1988, Capítulo VII do Título VIII Da Ordem Social. A união estável entre o homem e a mulher é considerada como entidade familiar artigo 226, § 3º, da Carta. Ante esse contexto e a realidade notada, veio à baila a Lei nº 11.340/2006, cujo objetivo principal é coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do artigo 226 do Diploma Maior, cominando, com clareza ofuscante, que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” [40].

Nesta perspectiva, para frear a violência doméstica, não se apresenta como mecanismo desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. A mulher é vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Ora, não há dúvida sobre o histórico da discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são robustamente maiores do que as que acontecem contra homens em situação similar. Além disso, mesmo quando homens, eventualmente, sofrem violência doméstica, a prática não decorre de fatores culturais e sociais e da usual diferença de força física entre os gêneros. Na seara internacional, a Lei Maria da Penha está em harmonia com a obrigação, assumida pelo Estado brasileiro, de incorporar, na legislação interna, as normas penais, civis e administrativas necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, tal como previsto no artigo 7º, item “c”, da Convenção de Belém do Pará e em outros tratados internacionais ratificados pelo país. Sob a óptica constitucional, a norma também é corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, na medida em que ao Estado compete a adoção dos meios imprescindíveis à efetiva concretização de preceitos contidos na Carta da República.

A abstenção do Estado na promoção da igualdade de gêneros e a omissão no cumprimento, em maior ou menor extensão, de finalidade imposta pelo Diploma Maior implicam situação da maior gravidade político-jurídica, pois deixou claro o constituinte originário que, mediante inércia, pode o Estado brasileiro também contrariar o

Diploma Maior. A Lei Maria da Penha retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à Justiça. A norma mitiga realidade de discriminação social e cultural que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material, sem restringir, de maneira desarrazoada, o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vale ressaltar, reclama providências na salvaguarda dos bens protegidos pela Lei Maior, quer materiais, quer jurídicos, sendo importante lembrar a proteção especial que merecem a família e todos os seus integrantes, sobretudo quando a constituição histórica da sociedade brasileira traz como consequência um tratamento diferenciado em relação à mulher, condicionando-a a se sujeitar toda a sorte de violências no âmbito doméstico.

No mais, há que se compreender que uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica da mulher contra a violência baseada em gênero exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos, sejam físicos, econômicos, sociais ou culturais, que impedem a sua concretização. Quando o ponto de partida é uma situação indesejável de desigualdade de fato, o fim desejado da igualdade jurídica (art. 5º, caput e I da CF), materialmente, somente é alcançado ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade. Indivíduos identificados como especialmente vulneráveis em função do grupo social a que pertencem têm reconhecido pelo sistema constitucional o direito à proteção do Estado, na forma de mecanismos eficazes de dissuasão, contra violações da sua integridade pessoal. Sobre os desafios hermenêuticos apresentados pela urgência na concretização dos direitos fundamentais demandada na contemporaneidade, têm se debruçado não só as Cortes constitucionais das mais diversas jurisdições nacionais, mas também as Cortes integrantes dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos.

Pode-se afirmar que a evolução de praticamente todas as democracias constitucionais modernas converge para uma compreensão do princípio da igualdade. Assim, considerar o princípio da igualdade tão somente em sua dimensão formal, sem atentar para a dimensão material, inviabiliza toda e qualquer ação afirmativa, voltada a reparar seja desigualdades de gênero, seja de raça, credo, idade ou condição social. Sem consideração à dimensão material – norteadora da Lei Maria da Penha – do princípio da igualdade, não haveria justificativa plausível para a estruturação dos sistemas de proteção dos direitos do consumidor e dos direitos do trabalhador, ambos informados pela hipossuficiência do ocupante de um dos polos da relação jurídica e, por isso mesmo, pela vulnerabilidade.

#### **REFERÊNCIAS:**

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: . Acesso em 16 mar. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 16 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 16 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 16 mar. 2016.

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

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: . Acesso em 16 mar. 2016.

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

CORREIA, Érica Paula Barcha. A relação homoafetiva e o direito de seguridade social – uma leitura a partir dos direitos fundamentais. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

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.

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.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 16 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 16 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Magna Carta (1.215). Disponível em: . Acesso em 16 mar. 2016.

\_\_\_\_\_ Petição de Direito (1.628). Disponível em: . Acesso em 16 mar. 2016.

SILVA, Marcelo Amaral da. **Digressões acerca do Princípio Constitucional da Igualdade**. Disponível no site: . Acesso em 16 mar. 2016.

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: . Acesso em 16 mar. 2016.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 16 mar. 2016.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 04 mar. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 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: . Acesso em 04 mar. 2016.

[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: . Acesso em 04 mar. 2016.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da República 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: . Acesso em 04 mar. 2016, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 04 mar. 2016.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: . Acesso em 04 mar. 2016.

[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: . Acesso em 04 mar. 2016: “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: . Acesso em 04 mar. 2016: “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] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “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] *Ibid.* “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: . Acesso em 04 mar. 2016: “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: . Acesso em 04 mar. 2016: “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] *Ibid.* “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: . Acesso em 04 mar. 2016: “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] SILVA, 2004, p.155.

[27] MORAES, 2003, p. 28.

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



[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 04 mar. 2016: “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”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 04 mar. 2016: “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”.

[32] *Ibid.* “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”.

[33] *Ibid.* “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”.

[34] *Ibid.* “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”.

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

[36] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 04 mar. 2016.

[37] SILVA, Marcelo Amaral da. **Digressões acerca do Princípio Constitucional da Igualdade**. Disponível no site: . Acesso em 16 mar. 2016.

[38] BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 16 mar. 2016.

[39] BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 16 mar. 2016. Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: **I** - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; **II** - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; **III** - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua

sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; **IV** - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; **V** - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

[40] Idem. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 04 mar. 2016.

## **A CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE DA MUDANÇA DE PARADIGMA DE THOMAS KUHN PARA A PESQUISA JURÍDICA**

**DANIELLA ALKMIM DE ARAÚJO:** Estudante de Direito na Universidade de Brasília .

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo busca apresentar as evoluções científicas e a decorrente mudança de paradigmas que engrandecem o campo de pesquisa jurídica. Em sua obra, Thomas Kuhn vai abarcar sobre como o cientista inicia suas pesquisas, por meio de aspectos mais sutis e, na medida em que avançam com os conhecimentos, irá se debruçar no importante papel que a mudança de paradigmas contribui para toda a pesquisa, especialmente, a jurídica.

**Palavras chave:** Mudança de paradigmas. Pesquisa. Ciência. Jurídico.

### **DESENVOLVIMENTO**

#### **Capítulo 1 – A Rota para a ciência normal**

“Neste ensaio, “ciência normal” significa a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas.” (KUHN, 2007, p. 29)

“Homens cuja pesquisa está baseada em paradigmas compartilhados estão comprometidos com as mesmas regras e padrões para a prática científica. Esse comprometimento e o consenso aparente que produz são pré-requisitos para a ciência normal, isto é, para a gênese e a continuação de uma tradição de pesquisa determinada.” (KUHN, 2007, p. 30)

“Dado o manual, o cientista criador pode começar sua pesquisa onde o manual a interrompe e desse modo concentrar-se exclusivamente nos aspectos mais sutis e esotéricos dos fenômenos naturais que

preocupam o grupo. Na medida em que fizer isso, seus relatórios de pesquisa começarão a mudar, seguindo tipos de evolução que têm sido muito pouco estudados, mas cujos resultados finais modernos são óbvios para todos e opressivos para muitos.” (KUHN, 2007, p. 40)

O primeiro capítulo explica como definir uma ciência normal. Para isso, Kuhn conceitua termos como paradigmas os quais se referem a própria ciência normal. Estes são aceitados por determinado grupo de uma comunidade científica por serem atraídos pelas suas realizações capazes de afastar de outras formas de atividade científica dissimilares. A ciência normal, portanto, é composta por teorias, pesquisa baseadas em realizações científicas passadas. (KUHN, 2007, pp. 29, 30)

É por meio dos paradigmas que se prepara o estudante que fará parte da comunidade científica porque seus trabalhos posteriores deverão estar de acordo com os modelos concretizados pelos membros de dada comunidade científica sem, portanto, contradizê-los. Esse modelo retrata os pressupostos para que haja uma ciência normal e, por conseguinte, a continuação da tradição desta. (KUHN, 2007, p. 30)

Kuhn cita paradigmas como a Óptica de Newton, a Eletricidade de Franklin os quais servem como base para o estudo por muitas gerações. Essa base que sustenta as pesquisas dos próximos estudantes propõe um melhor desenvolvimento da ciência se comparado a um estudo com a ausência desse critério. Kuhn analisa épocas em que se divergiam os paradigmas e, por consequência, qualquer fato que surgisse em determinada área tornaria relevante. Desse modo, as pesquisas desenvolveriam vagarosamente porque não há nenhum paradigma concretizado que faça excluir alguns fatos irrelevantes. (KUHN, 2007, pp. 31, 35)

Quando ainda não há criação das escolas pré-paradigmáticas, os homens divergem na opinião com relações aos fatos por cada um possuir uma crença diferente mesmo que seja, na maioria das vezes, implícita. Kuhn afirma ser este o estágio inicial de uma ciência o qual possui interpretações divergentes mesmo se tratando da mesma gama de fenômenos. Essas diferenças são supridas quando as escolas científicas

começam a surgir por causa da existência dos paradigmas que evitam a contradição na interpretação de dado fato. (KUHN, 2007, p. 37)

A maneira de se chegar a uma teoria a qual possa ser aceita no âmbito científico deve estar relacionada ao fato de que a escolhida é a melhor de todas as propostas e não necessita de explicar todos os fatos que venham a ser questionados. No entanto, possa ser que surja um novo paradigma por um grupo, por exemplo, o qual revela a invalidade do antigo. Atraindo a maior parte dos membros, um novo ponto de partida será adepto à comunidade científica. Aqueles que negarem a nova posição, têm suas ideias ignoradas. (KUHN, 2007, pp. 38, 39)

Kuhn analisa de forma eficiente a adequação de um paradigma para a busca de uma ciência normal. É importante que haja um conceito entre os praticantes científicos para que não possua um determinado fato várias interpretações que tornam difíceis a compreensão e definição deste. A existência de um paradigma faz com que os cientistas façam pesquisas voltadas aos fatos que realmente são necessários sem que atrase o progresso científico.

## **2. A Natureza da ciência normal**

“Tal como uma decisão judicial aceita no direito costumeiro, o paradigma é um objeto a ser melhor articulado e precisado em condições novas ou mais rigorosas.” (KUHN, 2007, p. 44)

“Os paradigmas adquirem seu status porque são mais bem sucedidos que seus competidores na resolução de alguns problemas que o grupo de cientistas reconhece como graves. Contudo, ser bem sucedido não significa nem ser totalmente bem sucedido com um único problema, nem notavelmente bem sucedido com um grande número.” (KUHN, 2007, p. 44)

“Poucos dos que trabalham realmente com uma ciência amadurecida dão-se conta de quanto trabalho de acabamento desse tipo resta por fazer depois do estabelecimento do paradigma ou de quão fascinante é a execução desse trabalho.” (KUHN, 2007, p. 44).

No segundo capítulo, Kuhn apresenta os limites que os paradigmas possuem. Por mais que um paradigma seja bem sucedido que os demais (e, por isso, aceito pela comunidade), ele é incompleto com relação aos diversos fatos existentes no mundo científico, isto é, ele não resolve todos os problemas. Quando é aceito por certa comunidade científica, o paradigma parece ser o próprio sucesso. Por mais que haja incompletude na sua prática, ele traz apenas uma promessa desse sucesso. (KUHN, 2007, p. 44)

A ideia não é de se criar novas teorias. O objetivo é o amadurecimento da ciência. A maneira com que os cientistas analisam, por meio de diferentes métodos e articulações, é o que se busca na pesquisa científica normal. Os limites trazidos pelo paradigma são necessários para que através deles os estudantes busquem maior detalhe em determinado fato. A atenção dada a um caso específico propõe maior desenvolvimento da ciência. Grandes cientistas se destacam por desenvolver precisão e segurança na análise de determinados fatos. (KUHN, 2007, pp. 45, 46)

Kuhn discorre sobre a análise do paradigma pautada na determinação do fato significativo, harmonização dos fatos com a teoria e articulação da teoria. Determinando-se o fato utilizando as características já ditas como precisão, é possível harmonizar os fatos introduzindo-os em outras áreas e, por fim, por em prática a realização dos métodos. Nessa última análise empírica, é a ocasião em que surge a solução ou não dos problemas que não se obtêm somente pela teoria. (KUHN, 2007, pp. 46, 56).

Entendendo a natureza da ciência normal, nota-se a influência do paradigma na ciência normal sendo que a negação deste traduz na própria negação desta ciência. Existe a reformulação de muitos paradigmas, porém, não afirma a sua eliminação. Há uma crítica à visão que muitos têm de que o sucesso se alcança somente por meio de descobertas científicas, novas teorias. O sucesso se alcança, na maioria das vezes, por meio de aplicações mais sutis aos fatos que o descobrimento destes.

### **3. A Ciência normal como resolução de quebra-cabeças**

“Talvez a característica mais impressionante dos problemas normais da pesquisa que acabamos de examinar seja seu reduzido interesse em produzir grandes novidades, seja no domínio dos conceitos, seja no dos fenômenos.” (KUHN, 2007, p. 57)

“Resolver um problema da pesquisa normal é alcançar o antecipado de uma nova maneira. Isso requer a solução de todo o tipo de complexos quebra-cabeças instrumentais, conceituais e matemáticos.” (KUHN, 2007, p. 59)

“O critério que estabelece a qualidade de um bom quebra-cabeça nada tem a ver com o fato de seu resultado ser intrinsecamente interessante ou importante.” (KUHN, 2006, p. 59)

“A ciência normal é uma atividade altamente determinada, mas não precisa ser inteiramente determinada por regras.” (KUHN, 2007, p. 66)

Kuhn discorre, no terceiro capítulo, o fato de que a pesquisa científica normal não visa produzir resultados inesperados, mas construir determinada pesquisa por meio de um quebra-cabeça. A construção deste valoriza o caminho no qual foram necessárias várias horas para descobrir o lugar de cada peça. E é este propósito que Kuhn apresenta na ciência normal. Os paradigmas precisam ser articulados. E essa maneira de analisa-los não busca resultados inesperados. Os resultados são formas de construir para a precisão de tal análise. (KUHN, 2007, p. 58)

A resolução dos quebra-cabeças é problemática e requer esforço do cientista se tornando, para ele, um desafio com grande potencial de motivação. Pode ser explicado pelo fato de que o local de cada peça é único e não há exceções. Esse capítulo aborda também a questão da qualidade de dado quebra-cabeça que não faz referência à importância do mesmo. Afirma ainda que problemas que possuem extrema importância não são encontrados através desse método. (KUHN, 2007, p.59)

A ciência normal pode ser impedida de contribuir com novas resoluções somente se houver a falta de engenho, porque as oportunidades que os cientistas têm em resolver concentram-se em questões delimitadas



(propostas nos paradigmas) facilitando o progresso dos métodos. (KUHN, 2007, p. 60)

Existem caminhos necessários, no entanto, a seguir para alcançar soluções aceitáveis. Não poder haver espaços vazios entre as peças do quebra-cabeça é um exemplo de uma das regras. Estas facilitam estão relacionadas às informações existentes nos paradigmas. É por meio dessa busca que se alcança a resolução dos quebra-cabeças através da ciência normal. (KUHN, 2007, pp. 62, 66)

A analogia feita neste capítulo revela a consistência do estudo científico normal. Busca uma verdadeira determinação quanto aos fatos por meio de utilização de regras. Estas facilitam o direcionamento da pesquisa. Além disso, a forma para entender o lugar de cada peça revela a fuga da ambiguidade no processo de formação. Qualquer peça a qual não faça parte do conteúdo, mesmo que possua semelhanças, deve, necessariamente, ser descartada. A analogia a esse método traduz em uma pesquisa brilhante na ciência.

#### **4. A Prioridade dos paradigmas**

“A investigação histórica cuidadosa de uma determinada especialidade num determinado momento revela um conjunto de ilustrações recorrentes e quase padronizadas de diferentes teorias nas suas aplicações conceituais, instrumentais e na observação. Essas são os paradigmas da comunidade, revelados nos seus manuais, conferências e exercícios de laboratório.” (KUHN, 2007, p. 67)

“Os paradigmas *podariam* determinar a ciência normal sem a intervenção de regras que podem ser descobertas.” (KUHN, 2007, p. 71)

“A ciência normal pode avançar sem regras somente enquanto a comunidade científica relevante aceitar sem questionar as soluções de problemas particularmente já obtidas. Por conseguinte, as regras deveriam assumir importância e a falta de interesse que as cerca deveria desvanecer-se sempre que os paradigmas ou modelos pareçam inseguros.” (KUHN, 2007, p. 72)

No quarto capítulo, Kuhn argumenta sobre a relação existente entre regra, paradigma e ciência normal. Apresenta o fato de que a determinação dos paradigmas compartilhados se afasta da ideia de regras comuns existentes na comunidade científica. Ele sugere analisar trabalhos dos membros dessa comunidade e identificar a influência de paradigmas globais relatando sobre a tradição científica particular. Caso as regras sejam o direcionamento da pesquisa, torna-se mais trabalhoso sendo que as regras exigem um terreno comum em dada área correspondente. Acrescenta o fato de que mesmo sem regras, o paradigma continua a pesquisa sem maiores problemas. Com relação à ciência normal, esta se refere a inspeção direta dos paradigmas. Por isso, não há necessidade da existência de regras. (KUHN, 2007, pp. 67, 69)

A grande dificuldade que se encontra em estabelecer regras à ciência normal é a especificidade da tradição desta. O outro grande obstáculo seria da educação científica. Kuhn apresenta as maneiras como o processo de aprendizado envolve não apenas a teoria, mas também a introdução juntamente com esta à prática na resolução dos problemas. Quando esses paradigmas parecerem inseguros, no entanto, e houver consentimento por parte dos membros, as regras adquirem seu papel de relevância. Pode-se, com isso, afirmar que as regras possuem características gerais sendo inerentes aos paradigmas. (KUHN, 2007, pp. 71, 74)

Kuhn traz neste capítulo a maior independência dos paradigmas afastando-os das ideias errôneas as quais os aproximam de conceitos de regras. Além desse fator, assume-se o maior domínio dos paradigmas às regras. É importante que haja certa atenção ao papel dessas regras visto que, quando há insegurança nos paradigmas, são elas que sustentam os métodos. Mas enquanto há confiança, pode-se desviar da condução por essas.

## **5. A anomalia e a emergência das descobertas científicas**

“A ciência normal não se propõe descobrir novidades no terreno dos fatos ou da teoria; quando é bem sucedida, não as encontra.” (KUHN, 2007, p. 77)

“A descoberta começa com a consciência da anomalia, isto é, com o reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal.” (KUHN, 2007, p. 78)

“Um desenvolvimento posterior comumente requer a construção de um equipamento elaborado, o desenvolvimento de um vocabulário e técnicas esotéricas, além de um refinamento de conceitos que se assemelham cada vez menos com os protótipos habituais do senso comum.” (KUHN, 2007, p. 91)

A busca pela ciência normal se encontra na solução de quebra-cabeças como já explicado no terceiro capítulo. O foco é em qual método se torne mais preciso. Por esses motivos, desviam as atenções com relação às descobertas científicas. Estas, por sua vez, tem se tornado frequente entre os cientistas da época. Por isso, há uma proposta de introduzir mudanças nos mesmos paradigmas que orientaram tais descobertas. (KUHN, 2007, pp. 77, 78)

Por meio da existência de um paradigma, adquirem-se expectativas diante as teorias e as observações empíricas. Se forem sustentados pela natureza os métodos aplicados até então, não há o que contestar. Contudo, se houver quebra de expectativa, é necessário que se crie um novo paradigma capaz de suprir as novas demandas científicas. Detectar o problema, porém, não é somente a mudança do paradigma, mas também a concordância do cientista com tal fato. (KUHN, 2007, p. 78)

Kuhn ressalta o papel fundamental que a descoberta possui. É muitas vezes contestada e enfrenta negações, inicialmente, generalizadas pelos membros da comunidade científica. Ela necessita de uma assimilação conceitual ampla que irá propor o desenvolvimento da ciência. (KUHN, 2007, pp. 80, 82)

O costume de que o primeiro paradigma proposto é capaz de explicar vários fenômenos e possui o sucesso esperados entre os membros da comunidade científica. Não obstante, quando há o surgimento de um

novo paradigma é preciso que haja uma reformulação dos termos e conceitos. (KUHN, 2007, p. 91)

A descoberta está vinculada a ciência normal quando se analisa o processo em que são pesquisadas. Primeiramente, tem-se um paradigma o qual fora muito discutido (fase pré-paradigmática) e, por fim, pode definir os conceitos deste. No meio da busca da ciência normal, as pesquisas se voltam na análise dos métodos, das formas como se chegam aos resultados, mas não o objetivo deste. Mas nas buscas por métodos orientados de forma pré-estabelecida (paradigmas), todavia, há falha na expectativa propondo novamente uma pesquisa que convença o cientista a apresentá-la à comunidade evidenciando, dessa maneira, a emergência de uma descoberta científica.

## **6. As crises e a emergência das teorias científicas**

“Ao nos ocuparmos da emergência de novas teorias, inevitavelmente ampliaremos nossa compreensão da natureza das descobertas.” (KUHN, 2007, p. 94)

“A emergência de novas teorias é geralmente precedida por um período de insegurança profissional pronunciada, pois exige a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas e técnicas da ciência normal.” (KUHN, 2007, p. 95)

“O significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos.” (KUHN, 2007, p. 105)

As descobertas discutidas no quinto capítulo causam mudanças nos paradigmas e proporcionam nossos métodos para análise científica. Essas mudanças são caracterizadas como construtivas, mas também destrutivas. O leque de possibilidades se abre com esses novos paradigmas para que haja maior conhecimento sobre os fenômenos da natureza. (KUHN, 2007, p. 93)

Além das descobertas, é possível identificar outras mudanças em meio à falha dos resultados esperados do antigo paradigma: a invenção de novas teorias. Estas retratam maior compreensão dos fenômenos. São necessárias mediante a destruição de paradigmas e métodos utilizados pela ciência normal até certo período. Anteriormente a elas, uma fase de insegurança se apresenta na comunidade científica causada pelos defeitos que os quebra-cabeças produziram. (KUHN, 2007, pp. 94, 95)

Kuhn discorre ao fato de que não são somente as falhas dos quebra-cabeças da ciência normal que se deve o fracasso da atividade técnica. A pressão social contribui também para aumentar o período de fracasso. No entanto, a primeira motivação funciona como o cerne da questão. (KUHN, 2007, p. 97)

No quinto capítulo, as atribuições às descobertas científicas se dão por meio do processo da ciência normal. Quando não há falha no processo, a ciência avança de forma mais rápida. Isso se explica pelo fato de que não há a existência de pressão social nem de diversas pesquisas minuciosas que devem ser feitas até obter um novo resultado concreto e poder reformular um novo paradigma. Tem-se um caminho frequente na pesquisa científica: primeiro surge as discussões para a produção de um paradigma, depois a ciência se desenvolve de forma brilhante por meio deste. E, quando o mesmo não atende às necessidades, é preciso uma nova adaptação.

## **7. Resposta à crise**

“Uma teoria científica, após ter atingido o status de paradigma, somente é considerada inválida quando existe uma alternativa disponível para substituí-la.” (KUHN, 2007, p. 107)

“Decidir rejeitar um paradigma é sempre decidir simultaneamente aceitar outro e o juízo que conduz a essa decisão envolve a comparação de ambos os paradigmas com a natureza, bem como sua comparação mútua.” (KUHN, 2007, p. 108)

“Embora seja improvável que a história registre seus nomes, indubitavelmente alguns homens foram levados a abandonar a ciência devido à sua inabilidade para tolerar crises.” (KUHN, 2007, p. 109)

“Rejeitar um paradigma sem simultaneamente substituí-lo por outro é rejeitar a própria ciência.” (KUHN, 2007, p. 109)

No sétimo capítulo, Kuhn aborda a substituição dos antigos paradigmas por novos capazes de suprir as necessidades das descobertas. Esse ato, no entanto, não é tão simples. Os cientistas se apegam aos paradigmas existentes até o ponto em que não podem mais ser aceitos exigindo a substituição destes. (KUHN, 2007, p. 107). Só é possível, entretanto, quando há novos paradigmas para substituí-los. Na falta destes, os cientistas não podem negar os já existentes. Caso contrário, estaria negando a própria ciência. (KUHN, 2007, p. 109)

A existência de contraexemplos perfaz o direcionamento para evidenciar a crise científica. O quebra-cabeça da ciência normal, no entanto, não é considerado um contraexemplo causado pela própria crise. A maneira como solucionar tal é que deve ser revista e reformulada para alcançar os novos resultados ou aperfeiçoá-los. Por isso que surge a necessidade de um novo paradigma visto que a crise provoca proliferação de versões do paradigma, enfraquecimento das regras de resolução dos quebra-cabeças. (KUHN, 2007, p. 110)

Quando há o surgimento de uma anomalia na ciência normal, os membros da comunidade científica geralmente preferem observar de forma detalhada antes que ocorra uma crise. Esta, por sua vez, ocorre quando essa anomalia ultrapassa o conceito de ser um novo quebra-cabeça. (KUHN, 2007, pp. 113, 114)

Os cientistas, em meio à crise, buscam a emergência de novas teorias propondo maior oportunidade para as descobertas. Esse passo dado às novas teorias afeta a tradição científica a qual, para que se chegasse a tal ponto, foi amplamente equivocada. (KUHN, 2006, p. 117, 120). A transição para um novo paradigma como resposta à crise é uma revolução científica. (KUHN, 2007, p. 122)

É possível extrair do sétimo capítulo a dificuldade que muitos cientistas possuem em meio à crise. É relatado que muitos desistem de tal área e pode-se entender facilmente o desânimo causado pela quebra da tradição. O aprofundamento do estudo por meio da utilização de métodos distintos, a nova norma que deve ser seguida, a falta de precisão do antigo paradigma, a insegurança das regras evidenciam fatores desestimulantes no âmbito científico. Mas a superação destes revela o desenvolvimento extraordinário da ciência. Não apenas por possuir métodos eficazes para vários fenômenos, mas também por meio de revoluções que movem o estudo científico.

### **8. A natureza e a necessidade das revoluções científicas**

“Tanto no desenvolvimento político como no científico, o sentimento de funcionalidade defeituoso, que pode levar à crise, é um pré-requisito para a revolução.” (KUHN, 2007, p. 126)

“Tal como a escolha entre duas instituições em competição, a escolha entre paradigmas em competição demonstra ser uma escolha entre modos incompatíveis de vida comunitária.” (KUHN, 2007, p. 127)

“Após o período pré-paradigmático, a assimilação de todas as novas teorias e de quase todos os novos tipos de fenômenos exigiram a destruição de um paradigma anterior e um conseqüente conflito entre escolas rivais de pensamento científico.” (KUHN, 2007, p. 130)

“A discussão precedente indicou que consideramos revoluções científicas aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior” (KUHN, 2007, p. 125)

No oitavo capítulo, traz as ideias explícitas nos capítulos anteriores com relação ao funcionamento inadequado dos paradigmas e, por isso, a substituição destes por novos para atender à crise. A necessidade de revoluções científicas tem o propósito de mudar as antigas concepções até então aceitas. Analogicamente, Kuhn refere-se ao desenvolvimento político no qual as instituições políticas deixam de atender às demandas

da sociedade e, com isso, surge a necessidade de uma reconstrução da sociedade. (KUHN, 2007, pp. 126, 127)

Adotando essa novo argumento de comparação, Kuhn explica que os processos em meio às crises se assemelham aos encontrados no meio social. A divisão da sociedade em partidos mostra o quanto alguns divergem das novas propostas e aderem às propostas pré-estabelecidas. Da mesma forma, encontram-se cientistas que se prendem aos paradigmas já existentes ao invés de investigar quais métodos serão adotados. (KUHN, 2007, p. 127)

O capítulo aborda também o fato de que uma nova teoria nem sempre entra em conflito com as anteriores. Pode-se acrescentar conhecimento estando em um nível mais alto que as anteriores ou não. Pode ser que haja também compatibilidade histórica entre as antigas e as recentes teorias. (KUHN, 2007, p. 129) Analisando a assimilação dessas novas teorias na história da ciência, no entanto, nota-se que a grande parcela, quase total, trouxe conflito com os paradigmas já existentes. Essa análise discorre sobre o conhecimento que se tem sobre a pesquisa normal. Ela é cumulativa e visa acrescentar novas teorias sem o propósito de resultados inesperados. (KUHN, 2007, p. 130)

Por fim, tem-se a compreensão de fenômenos que podem desenvolver uma nova teoria. O primeiro consiste no tipo de fenômenos os quais estão incluídos nos paradigmas. Como há limitação destes, a segunda forma está nos detalhes que se entendem quando o cientista articula esses paradigmas. E o terceiro seria o reconhecimento das anomalias, exigindo recusarem-se os paradigmas já existentes. Apenas no terceiro fenômeno, no entanto, é que se torna possível a invenção de novas teorias. (KUHN, 2007, p. 131)

É interessante quando a análise social é comparada aos estudos científicos trazendo novidades as quais revelam a dificuldade que a maioria das pessoas tem em assimilar um processo das ciências a um das sociais. A diferença é que as formas como se pesquisa nos dois âmbitos, se for especificar, possuem padrões distintos e incompatíveis. Na ciência, nota-se o processo com que os cientistas têm para determinar certo fato



utilizando os experimentos e observação destes. Nas ciências sócias, não há experimentos e os casos se estendem de forma muito mais abrangente do que nos fatos científicos. Por isso que a análise deve ser direcionada com relação às movimentações revolucionárias de forma geral, não detalhada, dos dois grupos.

### **9. As revoluções como mudanças de concepção de mundo**

“O historiador da ciência que examinar as pesquisas do passado a partir da perspectiva da historiografia contemporânea pode sentir-se tentado a proclamar que, quando mudam os paradigmas, muda com eles o próprio mundo.” (KUHN, 2007, p. 147)

“As mudanças de paradigma realmente levam os cientistas a ver o mundo definido por seus compromissos de pesquisa de uma maneira diferente.” (KUHN, 2007, pp. 147-148)

“O que um homem vê depende tanto daquilo que ele olha como daquilo que sua experiência visual-conceitual prévia o ensinou a ver.” (KUHN, 2007, p. 150)

“O cientista não pode apelar para algo que esteja aquém ou além do que ele vê com seus olhos e instrumentos.” (KUHN, 2007, p. 151)

Kuhn aborda as percepções diferenciadas trazidas pelas revoluções. O homem passa a enxergar dado objeto de maneira diferente mesmo que este não seja mudado ou transformado. A maneira como os cientistas passam a enxergar o mundo muda nas revoluções. Estas trazem novas concepções de mundo capazes de atribuir novos conceitos ao mesmo objeto/fato analisados pelos primeiros paradigmas. Dessa maneira, cientistas devem ter seus ambientes reeducados. (KUHN, 2007, pp. 148, 150)

O paradigma filosófico explicado no texto foi introduzido por Descartes e se desenvolveu na dinâmica de Newton. Ele faz referência ao fato de que o sucesso ocorrido no passado não garante que a crise possa ser postergada indefinidamente. (KUHN, 2007, p. 158)

Kuhn explica também que os paradigmas não podem ser corrigidos pela ciência normal, uma vez que esta se tornaria apenas crises e anomalias. Acrescenta também que o método interpretativo ajuda a articular um paradigma, mas não se deve atribuir o nascimento dos paradigmas em meio a iluminações intuitivas. (KUHN, 2007, p. 160)

Ao final do capítulo, aborda-se sobre a dificuldade que existe em estabelecer um vínculo totalmente correto entre o paradigma e a natureza. Os paradigmas, no entanto, sustentam o desafio proposto pelos quebra-cabeças o qual se torne quase impossível sem que haja tais métodos. (KUHN, 2007, p. 174)

Com base nos conhecimentos adquiridos neste capítulo, pode-se perceber o quanto uma revolução muda o direcionamento de uma dada comunidade científica e, por consequência, a sociedade como um todo. Exemplos de como os homens imaginavam como seria a Terra e depois com as pesquisas evidenciando que suas ideias estavam incorretas são formas de apresentar o impacto que revoluções científicas são capazes de propor. O mundo continua da mesma forma, mas as maneiras como as pessoas enxergam mudam em meio às novas concepções.

## **10. A invisibilidade das revoluções**

“Grande parte da imagem que cientistas e leigos têm na atividade científica criadora provém de uma fonte autorizada que disfarça sistematicamente – em parte devido a razões funcionais importantes – a existência e o significado das revoluções científicas.” (KUHN, 2007, p. 175)

“A disposição do material que ainda permanece visível nos textos implica um processo que, se realmente existisse, negaria toda e qualquer função às revoluções.” (KUHN, 2007, p. 180)

“Os conceitos científicos que expressam só obtêm um significado pleno quando relacionados, dentro de um texto ou apresentação sistemática, a outros conceitos científicos, a procedimentos de manipulação e a aplicações do paradigma.” (KUHN, 2007, p. 182)

No décimo capítulo, Kuhn aborda sobre o quanto que o significado e a existência das revoluções podem ser disfarçados. (KUHN, 2007, p. 175). A busca por entender tal defeito começa pela a análise de manuais que ganharam confiança simultaneamente ao período do surgimento dos paradigmas. Os manuais limitam em grande parte a compreensão histórica científica, uma vez que estes fazem referências apenas àqueles antigos cientistas que têm suas contribuições facilmente compreendidas na resolução de problemas apresentados no paradigma. (KUHN, 2007, pp. 176-177)

A crítica que Kuhn faz a invisibilidade das revoluções está na impressão que os manuais trazem de que os conhecimentos científicos são adquiridos por meio da junção de objetivos particulares dos vários cientistas como se fossem tijolos numa construção. E na ciência, o procedimento não ocorre dessa maneira. Muitos quebra-cabeças surgem quando há a revoluções. O método utilizado é transformado por meio da revolução e, dessa forma, a análise que se passa nos manuais seria equivocada ao comparar os novos paradigmas a meras junções de leis, conceitos, fatos ou teorias. (KUHN, 2007, p. 180)

Kuhn argumenta de forma bem sucedida quanto à importância que se tem em considerar as revoluções no processo científico como um todo. O livro apresenta, na maior parte, a limitação de paradigmas e regras evidenciando, assim, a importância que as descobertas trazem a uma nova forma de pensamento, uma nova forma de se entender os fenômenos da natureza. Possuem extrema importância as análises dos quebra-cabeças também, uma vez que, além de acumular conhecimento, é o ponto de partida capaz de evidenciar uma nova revolução.

## **11. A resolução das revoluções**

“Os manuais que estivemos discutindo são produzidos somente a partir dos resultados de uma revolução científica. Eles servem de base para uma nova tradição de ciência normal.” (KUHN, 2007, p. 185)

“É somente através da ciência normal que a comunidade profissional de cientistas obtém sucesso; primeiro, explorando o alcance

potencial e a precisão do velho paradigma e então isolando a dificuldade cujo estudo permite a emergência de um novo paradigma.” (KUHN, 2007, p. 194)

Kuhn discorre sobre os indivíduos os quais irão trabalhar com as novas ideias aos novos paradigmas. Afirma que esses indivíduos se concentram nos problemas que levaram à crise. E, diferentemente aos seus contemporâneos, não são profundamente afetados pelas mudanças de concepções e tradições já existentes. (KUHN, 2007, p. 185)

A questão que procura entender o porquê dos cientistas abandonarem um paradigma tradicional e adotarem outro está relacionada ao fato de que a ciência normal envolve a resolução de quebra-cabeças, não está atrelada ao paradigma. Este é uma forma de ponto de partida e utilização de métodos, no entanto, o papel do pesquisador em solucionar os quebra-cabeças é que irá propor uma maneira de explicar os novos resultados os quais necessitarão de uma nova tradição para a pesquisa. (KUHN, 2007, p. 186)

Kuhn reforça a questão de que não é uniforme a aceitação de novos paradigmas. Cada geração de cientistas trata a resistência à novidade de maneira diferente. Os indivíduos que propõe as mudanças estão sempre em desentendimento. Com relação ainda à aquisição dos novos paradigmas, estes possuem características como vocabulários e aparatos dos antigos, porém, utilizados de maneira distinta. (KUHN, 2007, p. 189, 191)

A análise de Kuhn nesse capítulo se volta novamente atribuindo explicações de capítulos anteriores explicando o como se dá a revolução científica (quem se propõe a tais análises, por meio de quais métodos chegam a tal conclusão) e como são as reações a estas.

Pode-se notar que através da ciência normal é possível obter sucesso. Kuhn deixa claro esse argumento no texto. A importância da sua análise sobre os meios favorece o entendimento mais aprofundamento dos quebra-cabeças. Outro ponto interessante na sua análise é retratar o estranhamento dos cientistas que convivem com as regras tradicionais há

mais tempo que os mais jovens. Estes são responsáveis pelo maior esforço em procurar, observar, criticar padrões já existentes. Isso ocorre em vários âmbitos de uma sociedade. As pessoas mais experientes geralmente não possuem mais tantas motivações para observar e aceitar novos modelos de sociedade.

## **12. O progresso através de revoluções**

“O progresso científico não difere daquele obtido em outras áreas, mas a ausência, na maior parte dos casos, de escolas competidoras que questionem mutuamente seus objetivos e critérios, torna bem mais fácil perceber o progresso de uma comunidade científica normal.” (KUHN, 2007, p. 207)

“O mais esotérico dos poetas e o mais abstrato dos teólogos estão muito mais preocupados do que o cientista com a aprovação de seus trabalhos criadores por parte dos leigos, embora possam estar menos preocupados com a aprovação como tal.” (KUHN, 2007, p. 208)

No décimo segundo capítulo, Kuhn discorre sobre a afirmação de que se obtém progresso na ciência de forma mais rápida do que por outras áreas de conhecimento como a arte, filosofia, política. (KUHN, 2007, p. 203)

A afirmação sobre o progresso na ciência está relacionada ao fato de que o próprio progresso é alcançado somente por meio da ciência. A adesão a um único paradigma contribui para que a comunidade científica se baseie em métodos compartilhados. Dessa maneira, é possível alcançar o desenvolvimento científico. A crítica feita por Kuhn evidencia na maneira com que as outras áreas de estudo se divergem entre si, possuindo, muitas vezes, paradigmas distintos. (KUHN, 2007, p. 206)

## **CONCLUSÃO**

No último capítulo, Kuhn aborda um fato importantíssimo no entre as diferenças das ciências às outras áreas. Não aponta a questão do conteúdo das revoluções trazidas nas diferentes áreas. Ele critica o tempo

que se alcança essas revoluções. Enquanto nas áreas humanas há vários indivíduos discutindo e discordando dos modelos adotados em suas áreas, a ciência adota o paradigma e se concentra na resolução dos quebra-cabeças.

O grande problema que se encontra nessa análise é a natureza de cada área. Nas humanas, não é tão simples admitir um novo método de estudo sem contestá-lo, discuti-lo e ser aceito pela maioria. Na ciência, nota-se a dificuldade de tal aceitação, porém, possui maior facilidade do que nas humanas. É mais prático observar e experimentar os fatos científicos do que analisar o que se passa em cada pensamento das pessoas. Esta é uma tarefa árdua por admitir várias ideias, concepções e modos distintos de enxergar o mundo. Por esses motivos, a ciência torna com maior facilidade a progredir. E é por meio da ciência normal, representada pelos seus paradigmas e quebra-cabeças que possibilitam esse avanço incomparável.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

## A ARTE DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

**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.

A Hermenêutica é a arte e a ciência da interpretação. Todos os profissionais do Direito (advogados, juizes, promotores de Justiça, procuradores, assistentes jurídicos) estão diariamente às voltas com a tarefa de descobrir o sentido e o alcance das leis.

Fui Juiz de Direito durante decênios. Além do livro “Como aplicar o Direito”, cujo tema é a Hermenêutica (Editora Forense, Rio de Janeiro), publiquei muitas outras obras totalizando 50 (cinquenta) títulos que podem ser conferidos no site.

Eu me proponho a promover seminários de Hermenêutica Jurídica e a proferir palestras sobre os mais variados temas, em universidades, faculdades, seccionais da OAB, igrejas, secretarias estaduais e municipais de cidadania etc. Os seminários têm duração de uma semana mas podem se estender por um mês, se houver interesse num maior aprofundamento do tema escolhido.

Meu principal objetivo, ao proferir palestras e ministrar seminários, é divulgar a obra que produzi.

Os livros não têm pernas para andar sozinhos. Sem o esforço de autores, editores, livreiros e amantes do saber, os livros ficam esquecidos num canto, salvo algumas exceções.

Pessoas que quiserem comunicar-se comigo podem remeter mensagens para o endereço eletrônico.



**UNIVERSIDADE ANHANGUERA-UNIDERP  
REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES**

**A IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO  
BRASILEIRO**

**EVERTON JOSÉ DA COSTA PEREIRA**

**MACAPÁ/AP**

**11/2012**

**EVERTON JOSÉ DA COSTA PEREIRA**

**A IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO  
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Ciências Penais.

Universidade Anhanguera-Uniderp

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

**Orientador: Prof. ACACIO MIRANDA DA SILVA FILHO**

**MACAPÁ/AP**

**11/2012**

“Não proceder nas consultas, senão com a imparcialidade real do juiz nas sentenças.” – Rui Barbosa.

## RESUMO

A presente monografia visa analisar a imparcialidade do juiz no sistema penal acusatório adotado pela constituição federal, tendo em vista que esta imparcialidade está sendo comprometida por normas legais antiquadas que ainda permanecem vigentes no sistema jurídico brasileiro. Faz uma análise da evolução histórica dos sistemas inquisitivo, acusatório e misto, destacando o contexto de surgimento de cada um. Analisa, ainda, cada sistema, de forma individual, evidenciando as distinções entre eles, tendo em vista a pesquisa bibliográfica realizada. Demonstra as razões pelas quais o sistema brasileiro deve ser considerado acusatório, observando que a legislação infraconstitucional brasileira é ultrapassada e, dessa forma, precisa ser harmonizada com a Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** Imparcialidade do juiz, Sistemas Processuais Penais, Sistema Penal Acusatório, Constituição Federal.

## **ABSTRACT**

This monograph analyzes the impartiality of the judge in the accusatory penal system adopted by the Federal Constitution, in order that this impartiality is being compromised by outdated laws that remain in force in the Brazilian legal system. Analyzes the historical evolution of systems inquisitive, accusatory and mixed, highlighting the context of emergence of each. It also analyzes each system individually, highlighting the distinctions between them, in view of the literature search that was undertaken. Demonstrates why the Brazilian system should be considered accusatory, noting that the Brazilian legislation is outdated and thus needs to be harmonized with the Federal Constitution of 1988.

**Keywords:** Impartiality of the judge, Criminal Procedural Systems, accusatory penal system, Federal Constitution.

## **SUMÁRIO**

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b>   | <b>08</b> |
| <b>1. O CONTEXTO HISTÓRICO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS</b>                                  | <b>09</b> |
| <b>1.1. O INÍCIO</b>  | <b>09</b> |
| <b>1.2. NA IDADE MÉDIA</b>  | <b>10</b> |
| <b>1.2.1. GRÉCIA ANTIGA</b>   | <b>10</b> |
| <b>1.2.2. ROMA</b>  | <b>12</b> |
| <b>1.3. NO DIREITO GERMÂNICO</b>  | <b>14</b> |
| <b>1.4. NO DIREITO CANÔNICO</b>   | <b>15</b> |
| <b>1.5. NA ÉPOCA MODERNA</b>  | <b>20</b> |
| <b>1.5.1. FRANÇA</b>  | <b>20</b> |
| <b>1.5.2. ALEMANHA</b>  | <b>21</b> |
| <b>1.5.3. BRASIL</b>  | <b>21</b> |
| <b>2. OS SISTEMAS DE PROCESSO PENAL</b>   | <b>23</b> |
| <b>2.1. SISTEMA INQUISITIVO OU INQUISITÓRIO</b>   | <b>23</b> |
| <b>2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO</b>  | <b>26</b> |
| <b>2.3. SISTEMA INQUISITÓRIO OU INQUISITIVO x SISTEMA ACUSATÓRIO</b>                            | <b>28</b> |
| <b>2.4. SISTEMA MISTO</b>   | <b>29</b> |
| <b>3. O SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO NO BRASIL E A NEUTRALIDADE DO JUIZ</b>                       | <b>32</b> |
| <b>3.1. OS TRAÇOS INQUISITIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941</b>                          | <b>32</b> |
| <b>3.2. O PROCESSO ACUSATÓRIO ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988</b>                        | <b>36</b> |
| <b>3.2.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE</b>  | <b>36</b> |
| <b>3.2.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PROIBIÇÃO DA TORTURA</b>                                    | <b>37</b> |
| <b>3.2.3. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA</b> | <b>38</b> |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>3.2.4. PÚBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS E O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAS</b>   | <b>39</b> |
| <b>3.3. O SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO NO BRASIL</b>  | <b>40</b> |
| <b>3.4. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO</b> | <b>44</b> |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>   | <b>47</b> |
| <b>REFERÊNCIAS</b>  | <b>49</b> |

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como escopo de analisar um relevante problema que permeia o ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o comprometimento da imparcialidade do juiz no sistema acusatório brasileiro, estabelecido constitucionalmente.

Para tanto, adota-se o método interpretativo, no sentido de analisar relevantes pontos da lei e da Constituição Federal de 1988 (CF/88) de grande influência sobre a problemática adotada; e o método dedutivo, haja vista que para melhor análise do tema deve-se partir do contexto geral para, então, adentra-se no cerne da questão.

O estudo desenvolvido objetiva principalmente demonstrar a necessidade de uma reformulação na legislação processual penal brasileira, para que, dessa forma, as diretrizes do sistema processual acusatório sejam respeitadas. Entretanto, para alcançar esse objetivo deve-se demonstrar o quão antiquado é o Código de Processo Penal e que a opção constitucional, no Brasil, é pelo sistema acusatório.

Ademais, levando em consideração que o problema proposto possui uma vertente predominantemente teórica adotou-se uma técnica de pesquisa eminentemente bibliográfica, na qual se objetivou trazer o pensamento de alguns dos principais autores de processo penal brasileiro, além de analisar trabalhos científicos que abordam de forma consistente a temática a ser tratada.

Destaca-se, ainda, que será abordada a evolução histórica dos sistemas de processo penal existentes, quais sejam os sistemas inquisitivo (ou inquisitório), acusatório e misto. Nesse diapasão, será vista a evolução dos referidos sistemas durante desde o início da sociedade, passando pela idade média e chegando a época moderna.

Por oportuno, também será feita uma análise individualizada de cada sistema processual, para que, assim, seja determinada, com propriedade a opção brasileira pelo sistema acusatório, o que, conseqüentemente deixará clara a necessidade de adequação do ordenamento jurídico brasileiro.



## **1. O CONTEXTO HISTÓRICO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS**

Antes de analisar os sistemas processuais penais, de forma mais detida, é indispensável conhecer a evolução histórica de tais institutos para que, dessa forma, se tenha a devida compreensão do estudo em questão.

Nesse sentido é importante citar o ensinamento de Miguel Reale (1956, apud LAGO, p. 3):

É possível que a meditação da história nos torne mais conscientes das razões concretas da atividade jurídica, de maneira que as necessárias estruturas e processos formais, garantidores da justiça, não se convertam em rígidos entraves à atualização espontânea dos fins que compõem a constante ética do direito.

### **1.1. O INÍCIO**

No começo da civilização, como muito bem salienta Cristiano Álvares Valladares do Lago (2006), a resolução de conflitos que porventura surgissem eram solucionados pelos seguintes instrumentos: costumes, regras morais e religião.

Assim, na prática o que ocorria era a autodefesa, que, conforme Marques (apud AGUIAR, 2005), "o próprio sujeito do interesse legalmente protegido consegue, por sua atuação pessoal, que a lei seja respeitada". Logo, ocorria uma vingança contra o agente da infração.

Nesse diapasão, evidencia-se que havia um conflito de forças entre a parte ofendida e o agressor para que se pudesse chegar à punição almejada. Entretanto, conforme Lago (2006), se a infração cometida fosse passível de reparação, bastaria que o infrator estabelecesse o "status quo ante", assim, satisfazendo a vítima e os anseios dos demais envolvidos

Mais tarde chegou-se à autocomposição, surgindo, assim, a possibilidade de acordo entre os envolvidos, como ensina Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar (2005):

Como aperfeiçoamento do exercício da pretensão punitiva, surgiu a autocomposição, que consiste em um acordo entre ofendido e ofensor, de modo a decidir pacificamente o conflito de interesses. Sem dúvida alguma, foi uma evolução se compararmos com a

autodefesa, pois se passa do uso da força para a busca do consenso. Aliás, considerando também a economia de gastos, seria uma alternativa excelente, porém, a tendência é de que o oponente menos forte cedesse mais; assim, a autocomposição se torna, de fato, uma rendição

## **1.2. NA IDADE MÉDIA**

### **1.2.1. GRÉCIA ANTIGA**

Em Atenas, conforme ensina Lago (2006) houve uma divisão concernente ao tipo de crime que se praticava, qual sejam crime público e privado, sendo que o primeiro tinha uma importância maior, haja vista que atingia a coletividade, sendo esta a responsável por sua apuração; o segundo era praticado contra uma vítima determinada, dependendo exclusivamente dela a iniciativa para sua apuração.

Nessa época a sociedade começou a se organizar melhor, no que concerne às suas sistemáticas processuais, tendo em vista o surgimento da figura do Juiz e a formação de órgãos colegiados para tomada de decisões, dentre outras inovações. Senão veja o que Lago (2006, p. 5) nos diz:

Em Atenas, os tribunais mais importantes foram: Assembléia do Povo - se reunia para julgar crimes políticos graves, sem nenhuma garantia para o Acusado; Areópago - competente para julgar crimes aos quais se cominava pena capital (homicídios premeditados, incêndios, etc.), se reunia ao cair do sol, as partes não podiam afastar-se da matéria de fato e a votação era secreta; Tribunal dos Afetas - composto de 51 juizes, dentre os membros do Senado, para julgamento de homicídios não premeditados e não voluntários, e, os Tribunais dos Eliastas (Heliea), com jurisdição comum, que chegou a ser composto por até 6000 juizes, face a crença de que tantas cabeças asseguravam melhor justiça, sendo certo que a explicação para tantos juizes pode residir ainda no interesse pelo recebimento dos três óbolos que o Estado destinava a cada um dos juizes, por crimes que julgavam.

Ademais, Aristóteles (apud SILVA, 2009), indicava a existência de oito tribunais na Grécia, um que fazia julgamento de agentes devedores; outro que chamava para si todas as causas em que a constituição está afeta; aquele que resolvia entre os simples particulares e os juizes em caso de contestação de castigos pronunciados; havia o que cuidava de processos com referência a

atribuições particulares, que possuíam alguma importância; um tribunal para estrangeiros e outro específico para as acusações de homicídio.

Esclarece Edemilson Mendes da Silva (2009), que havia tribunais específicos para apuração de crimes públicos e privados, portanto, já nessa época havia uma clara distribuição de competência visando uma melhor apuração das infrações praticadas.

Segundo Tourinho Filho (apud SILVA, 2009), apresentada a acusação, as provas e prestado o juramento, o Arconte procedia à prelibação da seriedade da acusação e designava o Tribunal competente, convocando as pessoas que deveriam constituí-lo.

Prossegue Silva (2009) destacando que no dia do julgamento quem falava primeiro era o acusador, que também logo inquiria suas testemunhas. Depois era a vez da defesa. Os juízes adotavam uma posição passiva entre as partes e, ao final, votavam, sendo que a decisão era tomada por maioria de votos, em caso de empate absolvía-se o réu.

Júlio B. J. Maier (apud SILVA) ressalta, ainda, que os procedimentos eram variáveis, pois dependiam do tribunal competente. Podem ser citadas as seguintes características do processo que fora estabelecido:

- . Tribunal popular, conforme o princípio da soberania do povo;
- . Acusação popular, por uma faculdade deferida a qualquer cidadão para apresentar a demanda contra quem se suponha autor ou partícipe de um delito público;
- . Igualdade entre acusador e acusado, que, de ordinário, permanecia em liberdade durante o julgamento;
- . Publicidade e oralidade do juízo, que se resumia a um debate contraditório entre acusador e acusado, frente ao tribunal e na presença do povo;
- . Admissão da tortura e dos juízos de Deus como meios de realização probatória;
- . Valoração da prova segundo a íntima convicção de cada juiz;
- . Restrição do direito popular de acusação em certos crimes que mais lesavam o interesse particular do indivíduo do que o da sociedade;
- . Decisão judicial irrecorrível.

Desta feita, a Grécia Antiga possuiu um sistema processual predominantemente acusatório, pois como destacado, havia participação direta dos cidadãos, oralidade e publicidade dos debates, sendo o juiz uma figura imparcial, assumindo um papel eqüidistante em relação às partes.

### **1.2.2. ROMA**

Em Roma também havia a distinção entre os *delicta publica e delicta privata* (crimes público e privados), portanto havia o Processo Penal Privado e o Processo Penal Público, que seriam adotados, conforme a infração praticada.

Todavia, segundo Manzini (1951, apud LAGO, 2006), no Direito Penal de Roma havia a tendência de se tornar pública a ação penal em todos os casos, assim, houve o progressivo abandono Processo Penal Privado, sendo este destinado somente à injúria e outros poucos crimes.

Doravante, ocorreu um fortalecimento do Estado, enquanto sujeito de um poder público de repressão, retirando-se da esfera da vítima, na grande parte dos crimes, o direito de iniciativa para que se pudesse apurar uma infração. Senão veja:

O Processo Penal Público, portanto, já no início da Monarquia, passou a ser adotado em quase totalidade dos litígios penais, sendo realizado em nome do Estado Romano, deixando ao magistrado, como representante do rei, amplos poderes de iniciativa, instrução e deliberação, sem maiores formalidades e até mesmo sem partes, consubstanciando-se então o processo denominado *cognitio*, baseado na *inquisitio* - fase preliminar em que o magistrado, mediante mera *notitia criminis*, colocava-se à investigar de ofício a suspeita noticiada. (LAGO, 2006, p. 6)

Importante citar o *provocatio ad populum*, uma espécie de recurso que poderia ser utilizado pelo acusado e, desta forma, havia a necessidade de que o Juiz justificasse a sua sentença. Cristiano Lago (2006, p. 6-7), com propriedade, explica o referido instituto:

Como medida de moderação aos arbítrios dos juizes, surgiu a *provocatio ad populum*, concedida pela Lex Valeria de Provocatione, que consistia na faculdade de apelação do acusado ao povo - *provocatio*, com efeito suspensivo, contra a sentença do magistrado,

instaurando-se novo procedimento, de segundo grau - *anquisitio*, no qual o próprio juiz, quase na posição de acusado (apesar de presidente do comício), devia apresentar ao povo elementos necessários à sustentar a sua própria sentença e embasar nova condenação, agora perante comícios ou Assembléias do Povo. Todavia, conforme saliente Tourinho Filho, pouco adiantava a *provocatio ad populum*, pois somente os *civis romanus* podiam fazer uso de tal remédio, revelando-se, já na República, insuficiente para a necessidade social de repressão da criminalidade.

Ainda na República Romana, surgiu uma nova forma de procedimento denominada *accusatio, iudicium publicum ou quaestio*, no qual qualquer cidadão possuía o direito de acusar, sendo que ninguém poderia ser levado a juízo sem acusação. Nesse sentido:

No último século da República, surgiu nova forma de procedimento, denominada *accusatio*, também designada *iudicium publicum* ou *quaestio*, através do qual, qualquer cidadão tinha o direito de acusar (exceto os Magistrados, as mulheres, os menores e as pessoas que por seus antecedentes não oferecessem garantias de honorabilidade), ficando a administração da justiça a cargo de um tribunal popular, inicialmente composto por senadores e, depois, por cidadãos, tendo tal procedimento o pressuposto básico de que ninguém podia ser levado a juízo sem uma acusação : *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*, predominando o contraditório, observando-se a publicidade e oralidade nos julgamentos, tendo as partes, via de regra, disponibilidade sobre o conteúdo do processo, competindo ao Estado somente o conhecimento e julgamento da ação criminosa, em se tratando de *delicta publica*. (LAGO, 2006, p. 7)

Entretanto, com o passar dos anos o procedimento, outrora consistente e autônomo, mostrou-se falho, tendo em vista que dependia da ação dos cidadãos e, dessa forma, a impunidade era grande, pois muitas vezes havia receio por parte daqueles de se vincular àquela questão ou ocorria, até mesmo, descaso e acomodação.

Nesse sentido, salienta Geraldo Prado (apud SILVA, 2009):

[...] o procedimento, que carecia da figura do acusador particular, ora na condição de ofendido, ora representando o interesse público da sociedade, surgia como manifestação da adaptação do antigo processo penal às novas exigências sociais, sendo em muitos aspectos semelhantes à forma grega.

Dessa forma, surge a necessidade de que o Estado, por intermédio de agentes públicos, ocupe o papel de acusador no lugar do cidadão, deste modo havia

a garantia de que, tanto quanto possível, não haveria impunidade e a ordem pública não seria abalada.

A partir de então a *accusatio* foi substituída por outra forma de procedimento, qual seja, a *cognitio extra ordinem*, na qual se chegou ao ponto de atribuir, ao mesmo órgão estatal, às funções hoje pertencentes ao Ministério Público e ao Juiz, dando início ao Sistema Inquisitivo Romano. Lago (2006, p. 8) é esclarecedor quando trata dessa questão:

Dessa forma, ao tempo do Império, a *accusatio* foi pouco a pouco sendo substituída por outra forma de procedimento, denominada *cognitio extra ordinem*, ficando o processo penal extraordinário a cargo, no início, do Senado, depois do Imperador e, finalmente, outorgado ao *praefectus urbi*, até que os magistrados foram ampliando cada vez mais sua esfera de atribuições, usurpando aquelas que antes eram reservadas aos particulares, chegando então ao extremo, como diz Manzini, de se reunirem em um mesmo órgão do Estado funções que atualmente competem ao Ministério Público e ao juiz, pois eram conferidos ao magistrado não somente poderes para julgar a causa, como também para investigar, recolher provas, além de presidir o processo, podendo valer-se inclusive da tortura, plantando-se enfim, sob o manto do Império Romano, a semente da Inquisição, que mais tarde viria a dominar a Europa Ocidental.

### 1.3. NO DIREITO GERMÂNICO

A invasão dos bárbaros em grande parte da Europa Ocidental foi o marco final da *cognitio extra ordinem*, e, como destaca Lago (2006, p. 8) “foi cedendo lugar ao Processo Acusatório Germânico, restando, entretanto, vestígios da influência do Direito Romano, com verdadeira absorção recíproca dos ordenamentos respectivamente adotados.”

Tourinho filho (apud SILVA, 2009) enfatiza que entre os germânicos havia também a distinção entre crimes públicos e privados, sendo que a justiça era administrada por uma assembléia presidida pelo rei, príncipe, duque ou conde.

Neste novo sistema o ônus da prova incumbia ao réu, que caso não comprovasse a sua inocência seria condenado. Como meios de prova que o réu possuía destacavam-se os Ordilários e os Juízos de Deus, definidos por Cristiano Lago (2006, p. 8-9) nos seguintes termos:

Nos Ordálios, o réu jurava inocência, ao amparo e com abono dos juizes, acreditando-se então que deus, conhecendo o passado, podia castigar aquele que jurava falsamente.

Os Juízos de Deus, em verdade, não eram propriamente uma prova, mas, segundo Manzini, uma devolução a deus da decisão sobre a controvérsia. Como Juízo de Deus, realizava-se o “duelo judicial”, conforme as pessoas, e, se o réu vencesse, era absolvido. Ficaram famosas as modalidades de realização de Juízos de Deus conhecidas como purgationes vulgares, através dos quais os réus eram submetidos a provas de inocência perante deus, vencendo eram absolvidos, tal como nos casos das provas da “água fria” (acusados eram arremessados à água fria, se submergissem eram inocentes, se permanecessem à superfície, eram culpados), da “água fervendo” (o réu devia colocar o braço na água fervendo, se não sofresse lesão era inocente) ou do “ferro em brasa” (o acusado devia segurar por algum tempo um ferro em brasa, se não se queimasse era inocente).

Por conta dessas inovações, dentre outras, é que se estabeleceu um processo misto, formado como elementos germânicos e romanos.

Ressalte-se que no direito germânico não havia distinção entre ilícitos civis e penais, assim, o direito civil absorvia as infrações que diziam respeito diretamente ao interesse privado, prevalecendo o entendimento privado como método de solução dos conflitos de natureza penal. Senão veja:

O Direito Processual Germânico não distinguia nitidamente entre ilícitos civis e penais, absorvendo o direito civil as infrações que diziam respeito diretamente aos interesses privados, evoluindo e consubstanciando-se de forma peculiar a disciplina subjetiva das provas e da iniciativa privativa da vítima ou de seus familiares, ficando nas mãos destes a persecução penal - nemo iudex sine actore (sippe), predominando o entendimento privado como método de solução dos conflitos de natureza penal, começando ante ao fracasso da composição direta entre as partes, formalizando-se então reclamação do ofendido ou de seus familiares perante tribunais (Hundertschaft), compostos por pessoas capazes para a guerra (Thing), realizando-se sessões públicas, orais e contraditórias, presididas por um juiz, o qual dirigia o debate e propunha a sentença, mas não decidia, predominando então, nesta fase inicial de influência sobre a Europa Ocidental, o Sistema Acusatório. (LAGO, 2006, p. 9)

#### **1.4. NO DIREITO CANÔNICO**

No Direito Canônico o sistema processual acusatório vigorou até o século XII, tendo em vista que não havia Juízo sem acusação e o acusador apresentava-se

aos Bispos, Arcebispos ou Oficiais, os quais eram encarregados de exercer a acusação, conforme ensina Lago (2006).

Contudo, segundo Diogo Malan e Marta Saad (2005), foi no papado de Inocêncio III (1198-1216) que, para fazer frente às primeiras investidas contra o clero, a Igreja conseguiu que o Estado permitisse a Inquisição, com intuito de manter a pureza da fé e punir quem a ameaçasse. Está formado o processo inquisitivo.

Nessa nova sistemática processual, desprezava-se a necessidade de acusação, não havia o contraditório e, nem mesmo, direito de defesa aos acusados.

Estabeleceu-se a iniciativa *ex officio* da acusação, sendo que os acusados eram vistos como objetos do processo, no qual poderiam, inclusive, ser torturados. A esse respeito, veja o que diz Lago (2006, p. 10)

Todavia, do século XIII em diante, o sistema acusatório passou a ser desprezado pelo Direito Canônico, estabelecendo-se o Sistema Processual Inquisitivo, e isto, em decorrência da indisciplina de parte do clero e da corrupção, que confrontavam o poder do Papa, abolindo-se portando as regras do sistema acusatório, desprezando a necessidade de acusação, deixando de observar o contraditório, a oralidade, instituindo a iniciativa *ex officio* da acusação, não se dando nenhum direito de defesa aos acusados, estes que passaram a ser vistos meramente como objetos do processo, imperando no mais das vezes a tortura, como forma de obtenção da confissão, esta considerada a maior das provas.

Destarte, foi criado o Santo Ofício, conhecido como o Tribunal da Inquisição, com o objetivo de combater o sortilégio, a heresia, dentre outras afrontas. Era arbitrário e não nutria respeito pelos direitos humanos.

Nesse sentido:

A partir de então, o que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, dotados de iguais poderes, torna-se uma luta desigual entre inquisidor e denunciado, pois este último perde a sua condição de sujeito processual e se converte em objeto da persecução penal. (MALAN; SAAD, 2005, p. 13)

Ademais, Malan e Saad (2005) destacam a existência de cinco tipos de inquisição: especial, geral, mista, sumária e *ex abrupto*.

A especial ou *inquisitio ex officio* deveria ser originada de uma insinuação clamorosa, ou seja, da fama e de um clamor público. Era necessário que houvesse *informatio* contra o processado.



Na inquisição geral tinha lugar a verificação genérica de infrações praticadas em determinada província.

Quanto à inquisição mista, esta ocorria quando o juiz, encontrando um cadáver, inquiria sobre a autoria do fato ou, de modo geral, sobre determinada pessoa.

A inquisição sumária ocorreria se, após a inquisição geral, a culpabilidade do acusado já estivesse suficientemente comprovada, dispensando o interrogatório do acusado e a sua defesa.

No que concerne a Inquisição *ex abrupto*, esta era ainda mais sumária, pois ocorria nos casos de prisão em flagrante, não havendo a necessidade de o acusado ser interrogado; ele era condenado *ex informata conscientia*.

Inicialmente, o sistema acusatório, tal como descrito acima, era adotado somente em relação a alguns crimes, no entanto, com passar dos anos e com a mudança de líderes do clero, passou-se a adotar tal procedimento de uma forma geral em todas as infrações atribuídas à jurisdição eclesiástica. Vejamos as lições de Malan e Saad (2005, p. 14-15):

Bonifácio VIII (1235-1303) deu maior extensão ao processo eclesiástico, mas ainda assim o limitou aos crimes de heresia. Foi Clemente V (1264-1314) quem estendeu a *inquisitio* aos crimes comuns, tais como a usura e a simonia, prescrevendo inclusive o modo sumário para o processamento de tais delitos. João XXII ampliou ainda mais o uso da *inquisitio*, acabando, por fim, o procedimento inquisitivo por ser adotado de forma geral pela jurisdição eclesiástica. Havia dificuldade na distinção entre crimes eclesiásticos e crimes comuns. A Igreja, a princípio, cuidava do julgamento de todos os delitos imputados aos clérigos; (ii) dos delitos que direta ou indiretamente poderiam afetar a fé religiosa. Nos casos de crimes graves, o clérigo, depois de apresentado ao seu prelado e degredado, deveria ser entregue à justiça secular. Além da condição do acusado como critério para fixação da competência, as causas puramente espirituais e os delitos eclesiásticos também se sujeitavam à jurisdição da Igreja: crimes de heresia, blasfêmia, sacrilégio, simonia, usura, perjúrio, rapto, concubinato, adultério, sortilégio, incesto, bigamia e tabolagem, eram todos de competência da justiça eclesiástica.

A tarefa de reprimir as heresias inicialmente foi conferida aos bispos, todavia, a partir de 1230, por determinação de Gregório IX, passou a ser realizada por comissários especialmente nomeados pelo Papa. Os requisitos para ser um inquisidor eram os seguintes:

Segundo o Manual dos Inquisidores de Eymerich, de 1376, o inquisidor deveria ser homem honesto, prudente, firme, virtuoso e ter erudição católica. Ao ser nomeado, deveria contar ao menos 40 anos de idade. Sua autoridade lhe era conferida pelo Papa, por meio de uma Bula, ou então por delegação de poderes do Papa a um cardeal representante ou a superiores e padres provinciais dominicanos, e destes ao inquisidor. Competia ao inquisidor a escolha e a nomeação de um comissário, a quem poderia delegar seus poderes de forma a auxiliá-lo em suas atividades. (MALAN; SAAD, 2005, p. 15)

A competência para processamento que detinham os inquisidores era tamanha que eles poderiam, inclusive, processar os leigos. Nesse diapasão:

O inquisidor podia processar religiosos e padres, bem como qualquer leigo. Poderiam ser processados os blasfemadores, lançadores da sorte, necromantes, excomungados, apóstatas, cismáticos, neófitos que retornassem às heresias anteriores, judeus, infiéis, invocadores do Diabo. Ademais deles, todos os suspeitos de heresia, difamados de heresia, hereges e seus seguidores, aqueles que lhes dava guarida ou ajuda e aqueles que dificultavam o trabalho do Santo Ofício poderiam ser processados.

Sabendo de alguma infração ocorrida nos limites de sua competência o inquisidor dava início à informação secreta, por conseqüência, começava a ouvir a testemunhas, sendo que todos tinham o dever denunciar os hereges, sob pena de excomunhão, conforme Malan e Saad (2005).

A ação penal era imprescritível até mesmo para os mortos e, em certos casos, alcançava os herdeiros das pessoas que haviam praticado a heresia, até os menores não estavam livres da inquisição, conforme se depreende das lições de Malan e Saad (2005, p. 17):

A ação penal era imprescritível e nem os mortos estavam livres dela. Quando o delito cometido por determinada pessoa era considerado leve e se ela fosse processada apenas depois de morta, seus ossos eram desenterrados para deixá-los sem sepultura; se o delito era grave, os restos eram queimados solenemente e os herdeiros do condenado sofriam a pena de confisco. Até os menores eram submetidos aos rigores do Santo Ofício. Os Concílios de Tolosa, Albi e Béziers, por exemplo, fixaram a idade mínima para ser processado pela Inquisição: catorze anos para os meninos e doze anos para as meninas.

Nesse contexto, eram confiadas ao magistrado inquisidor as prerrogativas de iniciar o processo *ex officio*, desenvolver a investigação, instruir o processo e proferir a sentença, sendo que tudo era feito em segredo, característica que é um dos demarcadores principais do sistema acusatório.

Conforme o magistério de Malan e Saad (2005, p. 19), para o juízo condenatório exigia-se alguns requisitos, quais sejam:

Para a condenação deveriam ser obtidos os depoimentos, colhidos sob juramento, uniformes e concordes, de pelo menos duas testemunhas, resguardadas pelo anonimato. Essas duas testemunhas diretas e concordes – que não eram contraditadas porque anônimas – podiam, no ápice da hierarquia das provas legais, constituir prova plena da culpa<sup>87</sup>, permitindo a condenação do acusado. O Papa era a única pessoa cujo depoimento era considerado idôneo, por si só, para justificar a condenação.

Todavia o risco de não se obter provas suficientes para uma condenação foi, significativamente, reduzido com a autorização para o uso de tortura como forma de obter tanto a confissão dos acusados, como das testemunhas.

E mais:

[...] a tortura devia cessar imediatamente quando o acusado manifestasse desejo de confessar; se o acusado confessava durante os tormentos, para que a confissão fosse considerada válida devia ser confirmada no dia seguinte, sem tortura. (MALAN; SAAD, 2005, p. 21)

Por fim, destacam Diogo Malan e Marta Saad (2005, p. 26-27) as características do processo penal canônico, dentre as quais destacam-se as seguintes:

Primordialmente, o procedimento inquisitivo era secreto, se iniciava por denúncia – que poderia ser anônima – e também de ofício.

Os nomes das testemunhas eram ocultados do acusado e se fazia todo o possível para que não pudesse averiguar quem eram as testemunhas.

O acusado tinha direito a defensor, mas este era escolhido dentre aqueles que figuravam como tais no Tribunal. Por isso, a defesa do acusado era praticamente inexistente, pois os defensores: (i) eram nomeados pela Inquisição; (ii) tinham o mesmo espírito dela; (iii) se associavam a ela na perseguição do crime de heresia; (iv) aconselhavam ao acusado para que confessasse sua falta, não obstante as conseqüências que resultavam da confissão; (vi) abandonavam o acusado ao rigor do Tribunal, uma vez obtida a confissão.

A prisão preventiva era decretada até para os delitos que não mereciam pena corporal, de tal forma que o acusado podia permanecer no cárcere durante muito tempo para depois acabar sentenciado a penas consideradas leves, comparadas à prisão processual. Além disso, a prisão preventiva poderia se prolongar indefinidamente, até por anos, sem que fosse necessário justificá-la com um ato formal de prisão.

O julgamento se dava em audiência secreta e não se facultava acesso aos autos para o acusado. A este somente se forneciam traslados da acusação do fiscal e das declarações das testemunhas, mas de forma que não se pudesse averiguar a identidade destas últimas.

Estavam autorizadas as penas de infâmia, açoites, tortura, confisco, desterro e outras de caráter transcendental.

## **1.5. NA ÉPOCA MODERNA**

### **1.5.1. FRANÇA**

Após a Revolução Francesa de 1789, teve início o período moderno da administração da justiça, ocorrendo a diminuição das influências do processo inquisitorial na França, o que culminou com a edição do Código de Napoleão (1808), o qual trazia uma estrutura processual do tipo misto, ou seja, havia elementos do sistema inquisitivo e do sistema acusatório, como bem destaca Lago (2006)

Prossegue o autor salientando que no tipo misto o processo se dividia em três fases: Polícia Judiciária, Instrução e Julgamento, sendo que os princípios do sistema inquisitivo eram aplicados na fase de instrução, na qual o magistrado realizava as investigações processuais, de forma escrita, secreta, sem contraditório e sem defesa. Todavia, quando na fase de julgamento o processo assumia traços acusatórios, como a oralidade, publicidade e contraditório.

O sistema misto foi abolido na França em 1897, por intermédio da Lei Constans, que suprimiu o caráter inquisitivo da instrução. Com o passar dos anos, através de novas modificações, no ano de 1933, o sistema misto voltou a ser implantado e permanece até os dias de hoje.

### **1.5.2. ALEMANHA**

A partir da Declaração dos Direitos Fundamentais do Povo Alemão a Alemanha opta “decisivamente pela publicidade e oralidade do processo penal, acolhendo o julgamento popular, condicionando a atividade jurisdicional à iniciativa dos interessados (apesar de exercida a acusação por um agente do governo).” (LAGO, 2006, p. 12)

Ressalte-se que as principais funções do processo, quais sejam a acusação, a defesa e o julgamento, foram divididos entre agentes diversos.

Nos dizeres de Lago (2006, p. 13), o processo alemão se desenrolava da seguinte forma:

Previsto um procedimento preparatório, dirigido pelo Ministério Público, de natureza essencialmente secreta, com limitada participação do acusado, sem descuidar de seus direitos fundamentais, uma vez terminado, podia ser arquivado ou oferecida acusação, à partir de quando iniciava-se uma fase intermediária, destinada a apurar existência de fundamento fático mínimo para a acusação, esta que, quando admitida pelo Tribunal, propiciava o desenrolar da terceira fase, pertinente ao procedimento principal, no qual acentuavam-se as características de divisão de funções (acusador, defensor e juiz), oralidade e publicidade, ficando todavia o tribunal livre para obter todos os meios de prova que considerasse necessários, não podendo entretanto o tribunal proceder de ofício quanto ao início do procedimento ou aos limites da acusação.

Portanto, o sistema adotado na Alemanha era predominantemente acusatório, porém possuía traços do sistema inquisitório, como a usurpação, pelo Estado do papel que a vítima exercia nos sistemas acusatórios puros, segundo Colomber (apud LAGO, 2006).

### **1.5.3. BRASIL**

No Brasil, na época das Ordenações Afonsinas, Manuelina e Filipinas, imperava o sistema inquisitório, com influência do direito canônico.

Era, até mesmo, permitida a tortura em alguns casos, como destaca Cristiano Lago (2006 p. 18-19):

Reinava o sistema de prova legal, devendo o juiz decidir de acordo com o alegado e provado no processo. Entretanto, os tormentos eram admitidos como meios de prova, consubstanciando-se então as arbitrariedades com aplicação de verdadeiros expedientes de torturas, com a prática de atos desumanos e bárbaros contra os mais fracos e desprotegidos, ressaltando-se que referida espécie de prova não era permitida contra os fidalgos, cavaleiros, doutores, senão em casos limitados e específicos (Título 134, parágrafo 3º, Livro V das Ordenações Filipinas).

Assim, nessa época o sistema brasileiro procurou, conforme os preceitos do processo inquisitivo, utilizar a tortura como forma de se obter a confissão dos réus, entretanto, esta prática não era aplicada a certas pessoas, tendo em vista a condição social que ostentavam perante a sociedade.

Entende-se que o ocorria era uma verdadeira seleção para se chegar a conclusão de quem deveria ser torturado. O critério econômico, como se sabe, foi costumeiramente utilizado para diversos fins durante história e, como não poderia deixar de ser, encontra-se presente no contexto histórico dos sistemas penais.

Com a promulgação da constituição de 1824, influenciada pelos princípios liberais do século XIX, surgiram preceitos e princípios novos no processo criminal brasileiro, estabelecendo um sistema processual com traços inquisitoriais e acusatórios. Nessa esteira:

Instaurava-se o procedimento penal mediante queixa do ofendido/representante legal, ou, por denúncia do Ministério Público, ou de qualquer do povo, e ainda, mediante atuação ex officio do juiz, instituindo-se ainda, o grande e o pequeno Júri, sendo o primeiro para decidir acerca da admissibilidade da acusação e, o segundo sobre a procedência desta, pelo que este era chamado de Júri de Sentença, ficando entretanto excluídas as contravenções e infrações mais graves da apreciação do Júri. (LAGO, 2006, p. 19)

Portanto, sob a égide da referida constituição pode-se dizer que o Brasil ostentava um sistema misto, tendo em vista que possuía elementos acusatórios e inquisitivos.

A legislação processual brasileira permaneceu sem grandes evoluções até o advento da Constituição de 1946, que, como bem salienta Silva (2009), juntamente com a atual Carta Magna de 1988, apresentou fortes bases democráticas e adotou, claramente, um sistema acusatório, que será mais bem analisado no momento oportuno.

## 2. OS SISTEMAS DE PROCESSO PENAL

De acordo com o exposto, vislumbra-se que na conformação histórica dos sistemas processuais penais, existiram três tipos de processo: inquisitivo, acusatório e o misto. Assim, a partir de agora faremos a análise de cada sistema, de forma individualizada, objetivando a devida compreensão acerca de cada um dos institutos em tela.

### 2.1. SISTEMA INQUISITIVO OU INQUISITÓRIO

Como visto, o sistema inquisitivo surgiu em Roma, tendo sido fortemente subsidiado pelo Direito Canônico, além de ter sido adotado em grande parte da Europa nos séculos XVI, XVII e XVIII.

Flavio Pereira da Costa Matias (2010) destaca que o sistema em questão surgiu com intuito de corrigir supostas imperfeições do sistema acusatório, pois com a recusa do particular em mover as respectivas ações penais, surgiu, conforme estudado anteriormente, a necessidade de que a atividade persecutória fosse assumida pelo Estado.

De mais a mais, o sistema inquisitivo é definido, respectivamente, por Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 116), Fernando Capez (2008, p. 46) e Norberto Avena, nos seguintes termos:

É caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa.

É sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução, motivo pelo qual práticas como a tortura eram freqüentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão.

No sistema inquisitivo, não existe a obrigatoriedade de que haja uma acusação realizada por órgão público ou pelo ofendido, sendo lícito ao juiz desencadear o processo criminal *ex officio*. Nesta mesma linha, faculta-se ao magistrado substituir-se às partes e, no lugar

destas, determinar, também por sua conta, a produção das provas que reputar necessárias para elucidar o fato.

Nessa sistemática de processo o sigilo é aplicado tanto para o público em geral, quanto para o réu, o que torna impossível que a ampla defesa e o contraditório sejam exercidos pelo acusado.

Nesse diapasão, Tourinho Filho (2005, apud MATIAS, 2010) afirma que, muitas vezes, o processo inquisitório chegava ao ponto de que o segredo alcançava o lugar e a forma do procedimento, a pessoa do julgador, o pronunciamento da sentença e, algumas vezes, era secreto o próprio momento da execução da condenação.

Ademais, pelo fato de que, no processo inquisitivo, as funções de acusar, defender e julgar estão concentradas na mesma pessoa, há um claro comprometimento na imparcialidade julgador, que também é o gestor das provas, e, dessa forma, utilizará o processo para garantir que a sua convicção pessoal, formada no momento da gestão das provas, seja ratificada na fase instrutória.

Nesse sentido, veja o que pensa Frederico Marques (1997, apud LAGO, 2006):

No dizer de Frederico Marques, o sistema inquisitivo, além de incompatível com os fundamentos das garantias individuais, apresenta inúmeras imperfeições, pois, embora integrado por preceitos que visam a descoberta da verdade real, oferece poucas garantias de imparcialidade e objetividade, por serem psicologicamente incompatíveis a função do julgamento objetivo com a função da perseguição criminal

Ademais, nesse sistema a prisão do acusado era a regra, o que, somado a possibilidade de utilização da tortura, contribui para que o julgador possa obter a confissão que confirme o que já suspeitava, quando das fases preparatórias.

Todavia, o que se está a colher é uma verdade fictícia e não a verdade real. Libera-se a tortura, pois o réu não é visto como um sujeito processual, com direitos e deveres, mas sim como um objeto da persecução criminal.

Sobre a confissão, veja o que diz Matias (2010):

Uma vez confessada a prática delituosa pelo acusado, não mais se perquiria acerca de sua inocência: a autoria do crime já estava provada, bastando que se acrescentassem alguns elementos secundários de prova no mesmo sentido, eis que, no sistema de



tarifação legal, predominante enquanto prevaleceu o sistema inquisitório com toda sua força, nenhuma prova valia mais que a confissão

Conforme salienta Avena (2010), entende-se que no processo inquisitivo não havia igualdade entre as partes, ocorrendo, pois, certos excessos processuais, tais quais os citados alhures. Destarte, não se pode falar em paridade de armas, pois, inclusive, a própria defesa do réu é bastante restrita.

Vê-se que o sistema inquisitivo é característico de Estados Totalitários, nos quais existem supressões de liberdade e garantias que deveriam ser conferidas aos cidadãos, no entanto, o que ocorre é uma violência, por parte do Estado, contra os indivíduos.

Muito bem destacado por Matias (2010) é o fato de que a doutrina majoritária entende como sendo a principal característica do sistema inquisitório a reunião das atividades de acusar e julgar na figura do juiz, como exemplo cita Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Marcos Alexandre Coelho Zilli.

Entrementes, de encontro às idéias da maioria, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (apud MATIAS, 2010) argumentando que somente o fato de a acusação, defesa e julgamento serem realizados por pessoas distintas não é suficiente para afastar o processo inquisitório. Nessa esteira, vale citar o entendimento de Coutinho (apud MATIAS, 2010)

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos.

Do exposto, fica claro que o sistema inquisitivo é altamente prejudicial ao réu, o qual nem mesmo possui uma defesa técnica, sendo esta “meramente decorativa” como muito bem define Nucci (2008, p. 116).

## 2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO

Conforme visto, o sistema acusatório teve suas raízes na Grécia e em Roma, sendo que em princípio vigorava a acusação privada, ou seja, por parte do particular, depois veio a ser abarcado pela acusação oficial, feita por agentes públicos, configurando-se, assim, um processo de partes.

No processo acusatório não se pode admitir o processo sem acusação, o juiz assume uma posição passiva e imparcial, devendo garantir a paridade entre as partes, este, deve ser equidistante em relação às partes.

O contraditório e a ampla defesa devem ser observados no processo, que também se caracteriza pela oralidade e publicidade. Logo, vê-se que esse sistema é mais liberal em comparação com o inquisitivo, pois confere uma maior legitimidade ao processo, ao assegurar certas garantias.

Nucci (2008, p. 116), Capez (2008, p. 45) e Avena (2010, p. 10) definem o processo acusatório da seguinte forma:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é regra.

É contraditório, público, imparcial, assegura ampla defesa; há distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgão distintos. [...] no sistema acusatório a fase investigatória fica a cargo da Polícia Civil, sob controle externo do Ministério Público [...].

Próprio dos regimes democráticos, o sistema acusatório caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Chama-se “acusatório” porque, à luz deste sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias.

Dentre as características do sistema acusatório, na visão de Cristiano Lago (2006, p. 22) a mais importante “é a circunstância de que ninguém pode ser levado a juízo sem uma acusação - *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*, daí o nome Sistema Acusatório.”

Por outro lado, Westphal Taylor (apud MATIAS, 2010) afirma que “embora o sistema acusatório seja dotado de outras características, tais quais a oralidade, a publicidade e a igualdade de partes, a peculiaridade que o distingue do sistema inquisitório é a estrita divisão de funções entre cada ator processual.”

Fomentando a questão, Coutinho (apud MATIAS, 2010) destaca que a principal característica do sistema acusatório “é justamente o fato de a gestão da prova não estar nas mãos dos juízes, mas ser confiada às partes.”

A par do exposto, entende-se que a principal característica do sistema acusatório é a divisão das funções entre cada agente processual, o que, por si só, reflete em diversos outros fatores legitimadores do processo, como a efetiva participação de um juiz neutro na demanda processual, pois, do contrário, estar-se-á limitando o direito de defesa do réu.

Em que pese no sistema acusatório puro a acusação seja privada ou popular, poder-se-ia a questão de que a existência de órgãos específicos, criados pelo Estado, tal qual o Ministério Público, para promoção da ação penal, não modifica a natureza acusatória do processo, conforme esclarece Lago (2006, p. 25).

Destarte, cabe lembrar que, para configuração efetiva do sistema acusatório em um ordenamento processual penal, não basta a presença das características acima apontadas, fazendo-se necessário que, para a formação de um instrumento legítimo de solução de conflitos de interesses, esteja o ordenamento jurídico em consonância com os princípios democráticos que servem a demarcar o modelo acusatório, tais como os princípios da oralidade, da publicidade e do contraditório.

Nesse sistema o Estado funciona como um garantidor dos direitos fundamentais e individuais, característica esta marcante do Estado Democrático de Direito, e, como tal confere ao processo uma maior credibilidade, o qual, noutro prisma, entende-se não estar presente no sistema inquisitivo.

Por oportuno, ressalte-se que no sistema acusatório os atos são públicos e o juiz possui o livre convencimento motivado, portanto, o julgador deve externar as suas razões de forma pormenorizada, levando em conta as provas contidas nos autos, bem como deve dar publicidade a todos os atos processuais.

Importante dizer que agora no sistema acusatório a regra é a liberdade do réu e não o contrário, pois aqui existe a presunção de inocência do acusado, que no Brasil tem previsão constitucional.

Tendo em vista as características do processo acusatório, não se pode admitir que o julgador pratique atos durante a investigação, devendo permanecer imparcial, pois como ensina Lago (2006, p. 23) “o sistema acusatório prega um processo de partes, [...] e somente estas, perseguem os meios probatórios hábeis a demonstrar procedência de suas alegações, admitindo-se para tal, [...] a disponibilidade da ação penal.”

Portanto, no sistema acusatório a figura do juiz deve ser imparcial, funcionando, precipuamente, como moderador das partes que travam o embate processual e produzem as provas pertinentes ao processo.

### **2.3. SISTEMA INQUISITÓRIO OU INQUISITIVO x SISTEMA ACUSATÓRIO**

Antes de se passar a análise do sistema misto faz-se necessário, para o adequado entendimento do assunto, utilizar o quadro esquematizado por Irving Marc Shikasho Nagima (2011)<sup>1</sup>, com as principais características dos sistemas processuais analisados, facilitando, portanto, a diferenciação entre ambos.

| <b>Características/Sistemas</b>          | <b>Sistema Inquisitório</b>           | <b>Sistema Acusatório</b>  |
|--|---------------------------------------|--|
| <b>Princípio unificador</b>              | O juiz é o gestor das provas.         | As partes é que são gestoras das provas.                             |
| <b>Funções acusar, defender e julgar</b> | Reunidas nas mãos do juiz.            | Separadas.   |
| <b>Atos do processo</b>                  | Sigilosos.                            | A regra é a publicidade dos atos do processo, salvo exceções legais. |
| <b>Réu</b>                               | Objeto da investigação.               | Sujeito de direitos.   |
| <b>Garantias</b>                         | Não há contraditório, ampla defesa ou | Todas as garantias constitucionais                                   |

<sup>1</sup> Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6193/Sistemas-Processuais-Penais>

|                  |  |  |
|------------------|--|--|
|                  | devido processo legal.   | inerentes ao julgamento.                             |
| <b>Provas</b>    | Taxativas, onde a confissão é a rainha das provas.                                       | Livre convencimento do juiz e devidamente motivadas. |
| <b>Presunção</b> | De culpabilidade, podendo utilizar-se de torturas e meios cruéis para obter a confissão. | De não culpabilidade ou de inocência.                |
| <b>Julgador</b>  | É parcial.   | É imparcial, eqüidistantes das partes.               |

## 2.4. SISTEMA MISTO

Também conhecido como sistema acusatório formal, surgiu após a Revolução Francesa, no ano de 1808, com o Code d'Instruction Criminelle, como uma forma de frear a forma de processo inquisitivo.

Nada mais é do que a junção de elementos do sistema inquisitivo e do sistema acusatório, com o intuito de formar uma nova sistemática processual, a qual poderá, conforme o caso tender para um lado mais acusatório ou inquisitivo.

Entende-se que tal fato será determinado pela legislação vigente, que deve ser analisa em conjunto com os elementos de cada sistema, para, então, chegar a uma definição mais específica de um determinado sistema misto.

Conforme Torinho Filho (2003, apud SANTOS, 2009), o processo misto, como no sistema inquisitivo, se divide em três fases: investigação preliminar, instrução preparatória e julgamento, porém enquanto no sistema inquisitivo essas três etapas possuem caráter secreto e não há contraditório, no sistema misto somente as duas fases iniciais e que preservam essas características.

As funções de acusar e defender, que no processo inquisitivo concentravam-se nas mãos de uma só pessoa, agora, sob o manto das regras do sistema misto, encontra-se nas mãos de pessoas distintas, portanto, esse aspecto é predominantemente acusatório e denota certa garantia ao acusado, que, frise-se não é absoluta.

No que diz respeito especificamente da fase de instrução preparatória, esta, segundo Matias (2010), “é, necessariamente, conduzida por um juiz (juizado de instrução). Trata-se de uma fase secreta, iniciada pela oitiva das testemunhas – se houver –, não intervindo, nesse depoimento, o acusado”.

Aqui já se percebe os traços do sistema inquisitivo, pois o juiz passa a atuar na fase preparatória, que antecede a fase instrutória em juízo. Ressalte-se que esta forma de sistema misto, com o juizado de instrução, existe no que pode se chamar sistema misto puro.

Prosseguindo até a fase de julgamento surgem mais traços acusatórios, pois nessa fase o processo desenvolve-se de forma oral, com contraditório e os atos processuais são públicos.

Portanto, o acusado, nessa fase, passa a ter direito de exercer a ampla defesa e goza da presunção de inocência, cabendo à acusação provar a sua culpa.

Nessa esteira, merece destaque o magistério de Tourinho Filho (2003, apud SANTOS, 2009) e Flávio Matias (2010):

[...] qual no tipo inquisitivo, desenvolve-se em três etapas: a) investigação preliminar (*de la policie judiciaire*), dando lugar aos *procés verbaux*; b) instrução preparatória (*instruction préparatoire*); e c) fase do julgamento (*de jugement*). Mas, enquanto no inquisitivo essas três etapas eram secretas, não contraditórias, escritas, e as funções de acusar, defender e julgar concentravam-se nas mãos do Juiz, no processo misto ou acusatório formal somente as duas primeiras fases é que continuaram secretas e não contraditórias. Na fase de julgamento, o processo se desenvolve *oralement, publiquement et contradictoirement*. As funções de acusar defender e julgar são entregues a pessoas distintas.

O acusado passa a ser encarado como sujeito de direitos, exercitando-os na defesa contra o fato que lhe é imputado. Goza, ainda, da presunção de inocência, cabendo à acusação, e não mais a um juiz-inquisidor, o ônus de provar os fatos que lhe são imputados. Os debates se desenrolam publicamente em audiência oral. Aliás, qualquer que seja o tribunal, a fase de julgamento é sempre contraditória, oral e pública.

Não se pode deixar de notar que no processo misto a neutralidade do juiz não é preservada, haja vista que o julgador tem contato direto com a instrução criminal, participando da colheita de provas, o que, segundo o prisma acusatório, não é admitido, e, de certo, que traz grandes prejuízos ao acusado.

Aliás, de acordo com Matias (2010), esse é o fator que faz com que o sistema misto esteja mais próximo do sistema inquisitivo, dando ensejo a críticas de grande parte da doutrina.

Ora, nada mais acertado, pois como é sabido o processo inquisitivo é, verdadeiramente, um supressor de direitos e garantias individuais e coletivas, logo, o fato de o sistema inquisitivo possuir uma influência tão grande sobre o sistema misto é realmente preocupante, no sentido de que o processo penal perde grande parte de sua legitimidade perante a sociedade.

Nesse sentido, entende Ferrajoli (2006, apud MATIAS, 2010):

[...] “processo misto”, que será copiado por numerosas codificações posteriores, incluída a italiana: predominantemente inquisitivo na fase de instrução, predominantemente acusatório na fase de debate e dominado em ambas as fases pelo princípio da livre convicção do juiz-inquisidor. Compreende-se que tal “monstro, nascido do acoplamento do processo inquisitivo e do acusatório”, tenha somado os defeitos de um e de outro [...]

Por fim, é importante destacar que Guilherme Nucci (2008), diferente da maioria dos doutrinadores, entende que o processo misto, na verdade, se divide em duas grandes fases, nas quais a fase de investigação preliminar e instrução preparatória seriam uma só e, por conseguinte, a fase de julgamento viria em seguida. Ressalte-se que essa diferenciação é mínima, pois o que o autor faz é transformar as duas fases anteriores a instrução em uma só, sem mudar, significativamente, o conceito de cada qual.

### **3. O SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO NO BRASIL E A NEUTRALIDADE DO JUIZ**

Feita a devida análise dos sistemas que se conformaram no decorrer da história, chega o momento de avaliar o sistema processual adotado no Brasil, visto que o ponto central do presente estudo é a neutralidade do juiz no processo penal pátrio.

Doravante, constatar-se-á um choque entre o estabelecido pela CF/88 e o Código de Processo Penal (CPP), pois este estabelece um processo com grande influência inquisitiva, ao passo que aquela prega as normas do processo acusatório.

Destarte, serão vistos alguns dos pontos principais estabelecidos no CPP e na CF/88, para, então, se estabelecer qual é a sistemática adotada no Brasil e, então, se poder avaliar a neutralidade do julgador nesse âmbito

#### **3.1. OS TRAÇOS INQUISITIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941**

Conforme destaca Saulo Santos (2009), o CPP de 1941, ainda vigente, teve forte inspiração na legislação processual penal italiana, por essa razão é que ainda hoje é possível encontrar os princípios característicos do sistema inquisitivo no CPP.

É sabido que o referido código estabelece e disciplina o inquérito policial (art. 4º ao art. 23, do CPP), o qual, segundo André Nicolitt (2010, p. 80), é:

“[...] procedimento administrativo investigatório que busca reunir indícios de autoria e materialidade das infrações penais com o objetivo de fornecer estes elementos ao Ministério Público ou ao querelante, possibilitando o seguimento da persecução penal através da propositura da ação.”

Esse procedimento possui um eminente caráter inquisitório, pois conforme ensina Nicolitt (2010), nele não há contraditório, e, por conseguinte, também não há ampla defesa. Como se não bastasse, o inquérito também escrito e sigiloso, tendo em vista que a autoridade assegurará o sigilo necessário ao



esclarecimento do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, conforme estabelece o art. 9º e o art. 230, ambos do CPP.

O inquérito possui várias formas para ser iniciado, às quais estão estabelecidas no CPP, em seu art. 5º: “Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; II - **mediante requisição da autoridade judiciária** ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.” (grifo nosso)

Ora, não se pode deixar de observar a possibilidade da autoridade judiciária requisitar o início das investigações preliminares, visto que, dessa forma, ocorre uma aproximação entre a investigação e o julgador.

Essa aproximação fica ainda mais evidente quando se analisa do art. 10, §3º, do CPP: “Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, **para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.**” (grifo nosso)

Vê-se que a lei processual confere ao julgador a função de autorizar diligências a serem empreendidas pela autoridade policial na fase de investigação, quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto. Mais uma vez, percebe-se a ingerência do julgador na fase investigatória.

Outro dispositivo que merece destaque é o art. 28, do CPP, pois oferece ao Juiz a possibilidade de ir de encontro à vontade do acusador, no que tange ao arquivamento do inquérito, evidenciando, mais uma vez, a forte vertente inquisitória do código em tela. Nessa esteira:

Outro dispositivo de caráter inquisitivo é o art. 28 do código: de acordo com ele, o juiz exerce a função anômala de fiscal da obrigatoriedade da ação penal pública. Assim, o promotor requer ao magistrado o arquivamento do inquérito policial e, se este discordar, remeterá os autos ao Procurador-Geral, que decidirá, em caráter definitivo, sobre a pertinência do arquivamento. Mais uma vez, o juiz se substitui ao acusador ao considerar errôneo o arquivamento. Se o Procurador-Geral decidir por oferecer a denúncia, o juiz da causa já estará automaticamente vinculado à acusação, o que destrói a sua imparcialidade. (AGUIAR, 2005)

De acordo com Capez (2008), o inquérito policial é tido como uma peça informativa que tem o objetivo de fornecer ao Ministério Público ou, conforme o caso, ao ofendido, os elementos necessários à propositura da ação penal.

Todavia, conforme determina o art. 12, do CPP, o inquérito permanece juntado ao processo durante todo o seu trâmite, senão veja: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

Dessa forma o julgador está sujeito à influência de elementos colhidos sem as garantias do contraditório e da ampla defesa, pois no momento de formação de seu livre convencimento, terá acesso à esses elementos.

A própria lei confere ao juiz a faculdade poder fundamentar a sua decisão em elementos colhidos na investigação, ressalvando que a condenação não poderá basear-se exclusivamente nesses elementos, o que, em verdade relativiza, mas não exclui influência das provas colhidas na fase de investigatória.

Depreende-se esse entendimento do disposto no art. 155, *caput*, do CPP:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão **exclusivamente nos elementos informativos** colhidos na investigação, **ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas**. (grifo nosso)

A ressalva feita pelo citado artigo é de caráter extremamente inquisitorial, pois o julgado está, na verdade, atuando como investigador e participando da colheita de provas, não como uma figura equidistante, mas como protagonista.

Com efeito, veja o que diz o art. 156, I e II, do CPP:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, **facultado ao juiz de ofício**:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (grifo nosso)

Desta feita, o CPP oportuniza ao juiz uma atuação de ofício, ou seja, sem qualquer provocação, tanto na fase de inquérito, quanto em juízo, no sentido de poder ordenar a produção antecipada de provas ou determinar diligências que julgue interessante ao processo, independentemente da vontade das partes.

No tocante a provas cautelares, o art. 282, §3º, do CPP, é bem claro: “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”.

No curso da investigação criminal, ou seja, durante o inquérito, a atuação do juiz, no que diz respeito à tomada de medidas cautelares, somente se dará mediante provocação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. Entrementes, no curso processo o magistrado poderá atuar de ofício ou a requerimentos das partes.

Portanto, o julgador tem a prerrogativa de, por exemplo, autorizar a quebra de sigilo de dados ou a interceptação telefônica de um investigado, se julgar que estão presentes indícios suficientes de materialidade e autoria. Frise-se que o juiz que autoriza tais medidas fica vinculado ao futuro processo e, no momento oportuno, o decidirá, no entanto, não com neutralidade.

Outra questão de grande relevância é a prisão do acusado, que, segundo o processo inquisitivo, é a regra, e, dando guarita a esse princípio inquisitivo, o CPP, em seu art. 311, autoriza a decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo juiz, no curso do processo. Vale citar o teor do artigo em comento:

Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial

Do exposto, vê-se que o Código de Processo Penal é predominantemente inquisitivo, externando características próprias desse sistema, como a falta de contraditório e a ingerência do julgador na fase investigativa. Nucci (2008, p. 119) acerta ao dizer que, apesar das alterações o CPP preservou sua “formação inquisitiva”.

## **3.2. O PROCESSO ACUSATÓRIO ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, consolidou-se no Brasil o Estado Democrático de Direito, trazendo consigo os princípios, garantias e direitos fundamentais inerentes aos cidadãos. Em função disso, embora não expressamente, a CF/88 adotou o modelo acusatório para ser seguido pela legislação pátria.

Nesse diapasão, é importante citar o entendimento de Canotilho (1993, apud MORAES, 2006, p. 25):

(...) a função dos direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Com efeito, passar-se-á a análise de alguns dos principais indicadores, na CF/88, que evidenciam a opção brasileira pelo processo acusatório.

### **3.2.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

No seu art. 5º, *caput*, a CF/88 estabelece o princípio da igualdade, *in litteris*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

Como ensina Pedro Lenza (2010), não é possível se contentar com essa igualdade formal, deve-se buscar a igualdade material, tendo em vista que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais de forma desigual. Trata-se do moderno conceito de igualdade, largamente defendido pela doutrina.

Para Alexandre de Moraes (2006) o princípio da igualdade atua em dois planos distintos, sendo:

[...] frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

Percebe-se a preocupação do legislador constitucional em evitar que sejam editadas normas de caráter abusivo para com os cidadãos, como ocorria anteriormente na sociedade, que nem mesmo possuía iguais direitos e deveres entre homens e mulheres.

Ademais, como característica de uma sociedade democrática e do modelo acusatório, o princípio em tela evidencia o tratamento igualitário que deve ser dispensado pelo julgador às partes processuais, devendo este, deveras, permanecer como um mediador no embate processual.

Por derradeiro, constata-se tal princípio não encontra guarita na modelo inquisitivo, pois neste, como já visto, o acusado é tratado como um mero objeto processual, não possuindo quaisquer direitos e deveres, encontrando-se sujeito as arbitrariedades do julgador, o qual procura comprovar, a qualquer custo, as suas suspeitas.

### **3.2.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PROIBIÇÃO DA TORTURA**

Conforme Lenza (2010) o princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito, como oposição a qualquer forma de poder autoritário ou antidemocrático, estando previsto no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Está previsto também no inciso I, do art. 5º, da CF/88, *in verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Para nosso estudo importa ressaltar que com tal princípio estabelecido em nossa ordem constitucional, o acusado tem uma maior garantia de que seus direitos fundamentais não serão violados, pois somente será obrigado a fazer alguma coisa em virtude de lei.

Nesse sentido, é importante destacar que a CF/88, em seu art. 5º, III, especificamente proíbe a utilização de tortura ou mesmo tratamento desumano ou

degradante, nos seguintes termos: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

E mais, no inciso XLIII, do referido art. 5º, considera a tortura um crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, destacando ainda mais a rigidez do tratamento dispensado à tortura.

Portanto, vê-se que os dispositivos legais citados alhures não se coadunam com as regras e princípios reitores do processo inquisitivo, mas sim do processo acusatório. Ora, o modelo inquisitivo é palco de grandes arbitrariedades e utiliza a tortura como a principal forma de obter a confissão do acusado.

### **3.2.3. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**

De acordo com MATIAS (2010) “foi nos Estados Unidos da América que o devido processo legal se aperfeiçoou, com as Emendas V e XIV à Constituição estadunidense, contribuindo para a prevalência dos direitos fundamentais [...]”

O princípio do devido processo legal encontra-se previsto na CF/88, em seu art. 5º, LIV, estabelecendo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Tal princípio, no âmbito criminal, confere ao acusado a garantia de ter um processo justo e na forma prevista em lei. A esse respeito veja a que diz Moraes (2006, p. 93):

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, á publicidade do processo, á citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, á decisão imutável, à revisão criminal).

Nesse sentido, frise-se o entendimento de Elmir Duclerc (2006, apud MATIAS, 2010):

Devido processo legal, portanto, será, sem dúvida, um processo típico, ou seja, cujos trâmites estejam previstos com anterioridade na lei. Mas, muito além, deve ser também um processo orientado

conforme os cânones do chamado sistema acusatório de processo penal, ou seja, um processo composto por um juiz efetivamente imparcial e partes parciais em igualdade de condições

De acordo com Moraes (2010, p. 93) “o devido processo legal tem como corolário a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral.”

A falta do contraditório e da ampla defesa é marcante no modelo de processo inquisitivo, em contrapartida constitui uma característica basilar do modelo acusatório, o qual é claramente adotado pela CF/88.

Conforme previsão no art. 5º, LV, da Carta Magna, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Por força da ampla defesa permite-se que o acusado tenha, de fato, a chance de se defender no processo, este não mais terá uma defesa decorativa; e mais, com o contraditório, o réu poderá tem a sua disposição os meios de provas necessários para comprovação de sua inocência ou, no mínimo, suscitar dúvida razoável, que impossibilite uma condenação, se for o caso.

Por fim, vale citar o entendimento de Nelson Nery Júnior (1995, apud MORAES, 2006, p. 93):

[...] o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação como o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.

#### **3.2.4. PÚBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS E O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAS**

A CF/88 em seu art. 5º, LX, estabelece: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.”

O legislador constitucional adotou como regra a publicidade dos atos processuais, com o intuito de dar mais clareza e confiabilidade ao processo.

Entretanto, relativizou essa regra em alguns casos, nos quais a defesa da intimidade ou o interesse social tornem necessário o sigilo.

A publicidade é, também, uma característica singular na diferenciação entre o modelo inquisitivo e acusatório, pois no primeiro a regra é o sigilo, que, como visto, alcança até mesmo a pessoa do acusado; no segundo a regra é a publicidade, como forma de, como dito, dar clareza ao processo, além de respeitar os direitos e garantias do acusado.

Outro aspecto importante é o dever de motivação das decisões judiciais, que está previsto no art. 93, IX, da Lei Maior:

**Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (grifo nosso)

Este é outro grande indicador da posição acusatória Constituição, pois impõe aos julgadores o dever de fundamentar todas as suas decisões, assim, deixando claro o caráter imparcial que deve assumir o julgador, não podendo tomar decisões por sua convicção subjetiva.

### **3.3. O SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO NO BRASIL**

O sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é assunto controverso na doutrina, não havendo uma unanimidade acerca da temática. Conforme assevera Norberto Avena (2010) a posição majoritária, segundo a doutrina e a jurisprudência, aponta o sistema acusatório como o modelo brasileiro.

Entretanto, com dito alhures, existe uma orientação em sentido contrário aponta o sistema misto como o modelo adotado pelo Brasil, porém tal posição constitui entendimento minoritário.

Os seguidores da primeira corrente, basicamente, sustentam sua posição no fato de a nossa Carta Magna ter claramente adotado o sistema processual acusatório. Nesse sentido, veja o que dizem, respectivamente, Avena (2010, p. 16), Abade (2005, apud MATIAS, 2010) e Mirabete (2005, apud SANTOS, 2009):



[...] embora inexista um dispositivo legal expresso na Constituição Federal de 1988, é dela que se extrai o conjunto de princípios e normas que conduz ao entendimento de que o direito brasileiro agasalhou o sistema acusatório.

[...] não resta dúvida que a Constituição da República adotou todas as elementares do princípio acusatório, na medida em que conferiu ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, consagrando o devido processo legal e assegurando, no mesmo passo, o julgamento dos feitos por um juiz competente e, obviamente, imparcial.

[...] a Constituição Federal assegura o sistema acusatório no processo penal. Estabelece "o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV); a ação penal pública é promovida, privativamente, pelo Ministério Público (art. 129, I), embora assegure ao ofendido o direito a ação privada subsidiária (art. 5º, LIX); a autoridade julgadora é a autoridade competente – juiz constitucional ou juiz natural (arts. 5º, LIII, 92 a 126); há publicidade dos atos processuais, podendo a lei restringi-la apenas quando a defesa da intimidade ou do interesse social o exigirem (arts. 5º, LX, e 93, IX).

Nessa esteira, Tourinho Filho (2007, apud MATIAS, 2010) entende que “o direito pátrio adota o sistema acusatório, visto que a acusação está, em regra, a cargo do Ministério Público; a função de julgar incumbe a juízes permanentes, salvo no caso de impeachment, bem como no do tribunal do júri”, além de o processo ser eminentemente contraditório. Com efeito, veja o que ensina Tourinho Filho (2003, apud SANTOS, 2009), *in verbis*:

O processo é eminentemente contraditório. Não temos figura de juiz instrutor. A fase processual propriamente dita é precedida de uma fase preparatória, em que a Autoridade Policial procede investigação não contraditória, colhendo, à maneira do Juiz instrutor, as primeiras informações a respeito do fato infringente da norma e da respectiva autoria. Com base nessa investigação preparatória, o acusador, seja órgão do Ministério Público, seja a vítima, instaura o processo por meio de denúncia ou queixa. Já agora, em juízo, nascida a relação processual, o processo torna-se eminentemente contraditório, público e escrito (sendo que alguns atos são praticados oralmente, tais como debates em audiências ou sessão). O ônus da prova incube às partes, mas o Juiz não é um espectador inerte na sua produção, podendo, a qualquer instante, determinar de ofício, quaisquer diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante

Porém, Tourinho Filho (apud Flavio MATIAS, 2010) destaca que o modelo brasileiro não é de um processo penal acusatório puro, haja vista elementos

inquisitivos que permeiam a legislação infraconstitucional. Nesse sentido, veja o que explana Matias (2010) acerca dos ensinamentos de Tourinho Filho (2007):

“Todavia, prossegue o mesmo autor, não se trata de um processo penal acusatório puro, já que haveria uma gama de prerrogativas conferidas ao juiz que, em rigor, deveriam competir às partes<sup>[51]</sup>, tais como requisitar a instauração de inquérito policial, ser destinatário da representação, autoprovocar a decretação de prisão preventiva, determinar a produção da prova de ofício, ouvir testemunhas além daquelas indicadas pelas partes etc.

No que diz respeito aos traços inquisitivos presentes na legislação infraconstitucional, Norberto Avena (2010), adepto da posição majoritária, apresenta duas soluções: (1) deve ser considerado inconstitucional, por violação do sistema acusatório, todo e qualquer dispositivo infraconstitucional que seja incompatível com as regras do referido modelo; (2) ou deve-se conferir a esses dispositivos uma interpretação conforme a constituição.

Por outro lado, em defesa da posição minoritária NUCCI (2008) entende que o Brasil adota o sistema misto ou inquisitivo garantista, visto que mescla elementos inquisitivos e acusatórios presentes no ordenamento jurídico brasileiro, segundo o autor. Impende destacar o que o referido autor argumenta:

“O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que o nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva [...]. (NUCCI, 2008, p. 117)

Nucci (2008) entende que não há como determinar que o sistema penal adotado pelo Brasil seja o acusatório baseando-se somente na constituição, pois, assim, estarão sendo preteridos os dispositivos contidos no CPP, de caráter fortemente inquisitivo.

Sustenta ainda (NUCCI, 2008, p. 118) que se o processo penal adotado pelo ordenamento pátrio fosse “genuinamente acusatório” não se lavariam em consideração, para qualquer efeito as provas derivadas da fase inquisitiva. Segundo o autor:

O juiz leva em consideração muito do que é produzido durante a investigação, como a prova técnica (...), os depoimentos colhidos e, sobretudo- e lamentavelmente- a confissão extraída do indiciado. Quantos não são os feitos em que se vê, na sentença condenatória, o magistrado fazendo expressa referência a prova colhida na fase inquisitiva (...). (NUCCI, 2008, p. 118)

Acompanhando Guilherme Nucci, podemos citar Rogério Lauria Tucci (1978, apud NUCCI, 2008, p. 118), o qual entende que “o moderno processo penal delinea-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e, formalmente no tocante ao procedimento desenrolado na segunda fase da persecução penal, acusatório”.

Nessa mesma linha, ensina Geraldo Prado (2005, apud NUCCI, 2008, p. 118), que:

se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a teoria da aparência acusatória.

A par de todo o exposto, entende-se que a posição mais acertada é a que entende o sistema processual penal brasileiro como acusatório.

Ora, a Constituição Federal de 1988 estabelece claramente um Estado Democrático de Direito, conferindo direitos e garantias a todos os brasileiros, sendo que, inclusive, muitas dessas garantias constituem direitos fundamentais do homem conquistados pelas várias revoluções que ocorreram na história.

Assim, a constituição, conforme exposto anteriormente, assegura, dentre outros elementos, a igualdade entre as partes no processo; confere o direito ao contraditório e a ampla defesa; protege o devido processo legal e adota a presunção de inocência do acusado.

Desse modo, é nítido que a CF/88 estabelece, muito embora não expressamente, o processo acusatório como sendo o modelo processual penal vigente no ordenamento jurídico pátrio, e ir de encontro a tal premissa seria questionar a supremacia da Carta Magna.

É inegável que a legislação infraconstitucional pátria ainda tem consigo elementos do sistema inquisitivo, entretanto, trata-se de um descompasso entre a

legislação constitucional e a infraconstitucional, não ensejando, pois, que o nosso processo seja misto. Não se pode questionar a supremacia da Constituição.

Portanto, qualquer lei ou dispositivo que vá de encontro ao sistema acusatório estabelecido pela CF/88, deve ser encarado como inconstitucional e não como parte integrante de um sistema processual misto.

### **3.4. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO**

Como conseqüência da adoção do sistema acusatório pelo ordenamento brasileiro, no que concerne a sua parte penal, adotou-se um sistema em que as funções de defender, acusar e julgar devem estar separadas e devem ser desenvolvidas de forma independente.

Por isso, a CF/88 adotou o princípio da imparcialidade do juiz, que, por sua vez, “deve possuir capacidade objetiva e subjetiva para solucionar a demanda, vale dizer, julgar de forma absolutamente neutra, vinculando-se apenas às regras legais e ao resultado da análise das provas do processo” (AVENA, 2010, p. 39).

Como muito bem registrado por NUCCI (2008), tal princípio é assegurado na Carta Magna de maneira implícita, pois deriva do princípio do juiz natural (art. 5º LIII, da CF/88), como também do Pacto de São José da Costa Rica, firmado pelo Brasil em 1992.

Com o intuito de assegurar a imparcialidade do julgador a CF/88 lhe conferiu garantias, tais como a vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e, inclusive, proibiu os juízos ou tribunais de exceção, tudo nos termos do art. 95, I, II e III e do art. 5º, XXXVII, ambos da CF/88.

Percebe-se que a intenção do legislador constitucional é assegurar que o julgador não esteja passível a qualquer influência externa para que julgue a demanda de uma determinada maneira. Nesse sentido, podemos citar os subornos e as ameaças.

Com efeito, veja o que o entendimento de Tourinho Filho (2007, apud MATIAS, 2010):

Tourinho Filho, por sua vez, reza que a imparcialidade exige, antes de mais nada, independência, pois nenhum juiz poderá ser

efetivamente imparcial se não estiver livre de coações que turvem seu trabalho. É por isso que a Constituição Federal, no art. 95, prevê as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídios aos magistrados, as quais conferem ao juiz a certeza de que, decida como decidir, contrariando os interesses dos poderosos, continuará ele no cargo, sem poder ser removido arbitrariamente, e seu subsídio não será reduzido.

Prosseguindo, Avena (2010) destaca que existe a presunção legal de parcialidade do magistrado, e, por essa razão, exige-se que o mesmo afaste-se da demanda. Como exemplo, o autor destaca a causas de impedimento e suspeição, que devem ser reconhecidas de ofício pelo juiz. Tais institutos encontram-se previstos, respectivamente, no art. 252 e 254, ambos do CPP, “*in verbis*”:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Nessa esteira, Ferrajoli (2006, apud MATIAS, 2010) entende que “o juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira e qual é falsa.”

Em que pese as determinações constitucionais e, a certa medida, a legislação infraconstitucional criarem instrumentos para proteger essa imparcialidade do julgador, entende-se que tais fatores não se afiguram suficientes para garantir a imparcialidade do magistrado.

A partir do momento em que o CPP propicia que o juiz tenha certa atuação na fase investigatória, além de possibilitar que o julgador tenha poderes instrutórios, destrói-se a almejada imparcialidade do magistrado, derivada do sistema acusatório.

Ora, quando o juiz atua na fase investigatória e defere uma medida cautelar, de forma implícita fica clara a tendência condenatória ou, até mesmo, absolutória, do julgador. Quando a demanda chega a sua fase instrutória, em juízo, o livre convencimento do julgador, ainda que motivado, já foi violado, o magistrado não mais recebe a demanda como um julgador neutro.

Deve-se exigir do juiz uma eqüidistância das partes, estas deve ser tratadas de maneira paritária e, por si só, devem produzir as provas necessárias para que o magistrado forme o seu convencimento. Não se pode admitir que o juiz atue produzindo prova para uma ou outra parte processual, haja vista que o sistema processual adotado no Brasil é o acusatório.

É importante citar os entendimentos, respectivamente, de NUCCI (2008, p. 99) e MATIAS (2010) acerca da temática:

É certo que o princípio do juiz natural tem por finalidade, em último grau, assegurar a atuação de um juiz imparcial na relação processual. Entretanto, por mais cautela que se tenha na elaboração de leis, é possível que um determinado caso chegue às mãos de magistrado parcial. Essa falta de isenção pode decorrer de fatores variados: corrupção, amizade íntima ou inimizade capital com alguma das partes, ligação com o objetivo do processo, conhecimento pessoal sobre o fato a ser julgado etc.

Nesse diapasão, a atribuição ao magistrado de prerrogativas que melhor se afinam com a atividade acusadora viola a imparcialidade do órgão julgador. Aury Lopes Jr. sustenta que a imparcialidade cai por terra quando se conferem poderes instrutórios ao juiz, pois a atuação de ofício do magistrado é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório.

Desta feita, fica claro que o sistema processual acusatório existente no Brasil não é capaz de conferir ao juiz a imparcialidade que se exige em decorrência da adoção do referido sistema pelo ordenamento jurídico pátrio.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando tudo que foi exposto, vê-se que realmente formaram-se três sistemas processuais penais durante o desenrolar da história de nossa sociedade, são eles: os sistemas acusatório, inquisitivo e misto. Destes, o acusatório foi o pioneiro nas primeiras formas de organização que a sociedade procurou desenvolver.

Em seguida veio o sistema inquisitivo, com forte influência religiosa e com o intuito de obter a confissão do réu a qualquer custo, pouco importando a culpa ou inocência do acusado. Por último, surgiu o sistema misto, com forte influência da Revolução Francesa e mesclando elementos dos dois sistemas já existentes.

No ordenamento jurídico brasileiro atual, com a opção da Carta Magna pelo sistema acusatório, consolidou-se o entendimento, ainda que não unânime, de que o sistema processual penal adotado no Brasil é acusatório, e, por essa razão, devem ser observados os princípios reitores do referido sistema.

Entretanto, o que se viu é que a legislação infraconstitucional ainda carrega vários elementos do sistema inquisitivo, dentre os quais, destaca-se a imparcialidade do juiz, que foi adotada como o foco principal da presente monografia.

Como visto o sistema acusatório brasileiro não assegura que se terá um juiz imparcial na demanda a ser julgada. Dentre os vários fatores que contribuem para esse fato, destacam-se a atuação do juiz de ofício na fase instrutória, como um possível produtor de provas; além da possibilidade do juiz atuar na fase investigatória, quando provocado.

Como solução para o problema em tela, entende-se que é necessária uma reformulação na legislação infraconstitucional pátria, a qual se encontra, deveras, antiquada, o que impossibilita que haja uma sincronização com as determinações contidas na CF/88.

Ora, o nosso CPP, que data do ano de 1941, foi idealizado sob forte espírito inquisitivo, o qual, apesar das tentativas do legislador em adequá-lo às inovações surgidas desde então, ainda carrega consigo tal espírito.

Portanto, uma reforma na legislação, mais especificamente no CPP, no sentido de retirar do juiz prerrogativas que comprometam a sua neutralidade no

processo penal, é imperativa para que se possa garantir a todos os cidadãos um juiz efetivamente imparcial, que assuma o papel de um verdadeiro moderador, e, assim, possa-se conferir ao processo penal uma maior legitimidade para sua atuação.



## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **Dos Sistemas Processuais Penais. Tipos ou formas de processos penais.** Jus Navigandi, Teresina, [ano 10, n. 727, 2 jul. 2005](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6948>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático.** 2 ed. São Paulo: Método, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CAPEZ, Fernando Capez. **Curso de Processo Penal.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático.** 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOCOLITT, André. **Manual de Processo Penal.** 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** In: Vade Mecum. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Legislação.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** In: Vade Mecum. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Legislação.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. **Sistemas Processuais Penais.** Disponível em: <[http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art\\_30005.pdf](http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2012.

SILVA, Edmilson Mendes da. **Desenvolvimento Histórico dos Sistemas Processuais.** Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/desenvolvimento-historico-dos-sistemas-processuais/16077/>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

MALAN, Diogo. SAAD, Marta. **Origens Históricas dos Sistemas Acusatório e Inquisitivo.** In: RT, n<sup>o</sup> 842, p. 413-436 (2005). Disponível em: <[http://www.malanleoadvs.com.br/artigos/origens\\_historicas\\_sistemas.pdf](http://www.malanleoadvs.com.br/artigos/origens_historicas_sistemas.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Saulo Romero Cavalcante dos. **Sistema Processual Penal Brasileiro. O Código de Processo Penal de 1941 e o modelo constitucional.** Jus Navigandi, Teresina, [ano 14, n. 2074, 6 mar. 2009](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12416>>. Acesso em: 30 jun. 2012.

PEREIRA, Marcelo Matias. **Comentários à Lei das Prisões (Lei nº 12.403/2011).** Jus Navigandi, Teresina, [ano 16](#), [n. 2890](#), [31 maio 2011](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19229>>. Acesso em: 30 jun. 2012.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Sistemas Processuais Penais.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6193/Sistemas-Processuais-Penais>>. Acesso em 27 jun. 2012.