

PARTE II

DOCTRINA

A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DIANTE DAS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO E DO ESTADO

Ana Carolina Trindade Soares

Graduada em Direito pela UFAL. Mestre em Direito pela UFAL.
Professora da Faculdade Integrada Tiradentes (FITS)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Transformações do Direito e do Estado: a imposição de novos parâmetros hermenêuticos e a concretização dos direitos sociais. 2.1. Considerações iniciais. 2.2. Bases teóricas do Estado liberal: a necessidade de salvaguarda da liberdade como garantia dos direitos individuais contra o Estado. A identidade entre Direito e lei. 2.2.1. O perfil do Direito no Estado liberal: a interpretação e a aplicação como operações meramente formais. 2.3. A insuficiência do modelo liberal diante da desigualdade material entre os indivíduos. A necessidade de intervenção do Estado na economia e nas relações sociais. 2.3.1. Os novos parâmetros hermenêuticos introduzidos pelo Direito do Estado social. 3. A justiciabilidade dos direitos sociais como exigência de concretização material da Constituição. 3.1. Notas introdutórias. 3.2. Fundamentos teóricos dos direitos sociais: avanços e retrocessos. A expansão do papel do Judiciário e a revisão do dogma da separação dos poderes. 3.3. A necessária compatibilidade entre a atuação judicial e o regime político democrático. 4. Conclusão.

1. Introdução

O estudo da ordem jurídica contemporânea não pode estar dissociado da análise das principais mudanças que marcaram o Estado Moderno, uma vez que estas influenciaram fortemente a compreensão do direito, sobretudo no que diz aos aspectos hermenêuticos.

Sem olvidar das distintas classificações que vêm sendo formuladas acerca da concepção de Estado¹, dominantes em determinado período histórico, o presente estudo vai tratar mais especificamente dos

¹ Em **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, por exemplo, Paulo Bonavides faz uma distinção entre “Estado liberal”, “Estado socialista”, “Estado social” e “Estado social dos direitos fundamentais”.

postulados perpetrados pelo Estado liberal e pelo Estado social, denotando as principais transformações que este último vem inserindo no ordenamento jurídico.

É sob essa perspectiva que serão examinados os novos parâmetros hermenêuticos, contextualizando-os com a necessidade de concretização dos direitos fundamentais sociais, demonstrando a necessária superação da teoria tradicional que concebe o ordenamento jurídico como sistema estático, apartado da realidade circundante.

Não se pretende apresentar neste estudo uma análise das diversas correntes hermenêuticas que vêm sendo desenvolvidas na atualidade, mas demonstrar, no contexto do Estado social, e, por conseguinte, das novas exigências da sociedade, os caminhos hermenêuticos que estão sendo tomados e os seus principais fundamentos, o que servirá como marco teórico para a apreciação da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais.

É que, acompanhada da evolução constitucional brasileira, sobretudo no que pertine à instituição e garantia dos direitos sociais, sobreveio uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de tais direitos serem exigidos judicialmente, haja vista serem caracterizados pela necessidade de implementação de políticas públicas através dos poderes Executivo e Legislativo.

Inúmeras são as objeções à justiciabilidade dos direitos sociais, o que tem contribuído para agravar a crise de efetividade desses direitos. Contudo, doutrina e jurisprudência não podem se deixar seduzir por argumentos teóricos fundados em concepções meramente formalistas da ordem jurídica, que não mais refletem os anseios da sociedade.

É preciso entender a justiciabilidade dos direitos sociais como imperativo de concretização material da Constituição, especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, impõe-se a compatibilização entre a atividade judicial e o regime político democrático, a fim de que sejam preservadas a garantia dos direitos dos cidadãos e a soberania popular.

O objeto do estudo que se segue é, portanto, demonstrar a fragilidade teórica dos argumentos que vêm sendo opostos à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, notadamente em face da insuficiência do modelo de Estado liberal para solucionar as desigualdades reais entre os indivíduos.

2. Transformações do Direito e do Estado: a imposição de novos parâmetros hermenêuticos e a concretização dos direitos sociais.

2.1 Considerações iniciais.

As transformações pelas quais vem passando o Estado Moderno, marcado pelas noções de racionalidade e laicização, influenciam diretamente a compreensão do ordenamento jurídico, impondo novos parâmetros hermenêuticos, sem os quais se opera um evidente distanciamento entre Direito e realidade, notadamente em se tratando de eficácia e efetividade dos direitos sociais, haja vista a necessária superação dos tradicionais obstáculos que vêm sendo colocados à frente da justiciabilidade desses direitos.

Através da teoria liberal burguesa, a fonte do direito deixou de ser a palavra absoluta do príncipe, instaurando-se um *estado de lei*: o liberalismo burguês trouxe “a proposta de substituição do ‘domínio de lei’ em lugar da decadente idolatria absolutista”².

Esse domínio da lei é caracterizado por uma compreensão meramente formalista do direito, através da qual a precisão das disposições legais se constituía em um meio de evitar o campo de ação do Estado na aplicação das leis, limitando o poder de interpretação ao máximo possível.

E tal se justificava pelo fato de que a teoria liberal surgiu como uma forma de desate das amarras do Estado absolutista, de desconcentração do poder, e de proteção da liberdade dos indivíduos contra o Estado.

Tais objetivos somente seriam conquistados se os indivíduos conhecessem exatamente os termos legais aos quais estavam vinculados; e tanto era assim, que, em caso de incerteza acerca das disposições legais, os julgadores deveriam recorrer à interpretação autêntica do legislador.

Nesse contexto, a lei era tida como expressão máxima do direito, como uma verdade preexistente que somente seria desvelada pelo juiz,

² MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. n. 11. Recife, 2000, p.131.

através de uma mera operação lógico-formal, pela qual se examinava a correspondência entre “a descrição abstrata contida no texto da lei e as situações particulares”³, não se cogitando da possibilidade de sopesamento das razões ou dos bens jurídicos protegidos.

Ansiava-se pela previsibilidade da intervenção estatal, como garantia da propriedade e da liberdade individual, e, sobretudo, das relações de mercado, típicos ideais burgueses.

Para que fossem asseguradas tais pretensões, o papel do Estado resumia-se à auto-organização política, caracterizada pela divisão dos poderes, e pelo conseqüente controle do poder político.

A ascensão da burguesia, e, por conseguinte, a proteção de seus interesses, emoldurados nos direitos de propriedade e liberdade, impunham a configuração de um Estado abstencionista, intimamente relacionado às teorias econômicas do *laissez faire* e do *laissez passer*.

Não se cogitava da aferição das desigualdades que tal desenho do Estado, e, por conseqüência, do direito, ocasionavam no ambiente social. Liberdade, propriedade e igualdade perante a lei, eram concebidas como postulados que serviam para legitimar o modelo de Estado liberal, que, por sua vez, não mais se sustenta. A preocupação suprema com a forma, com a pureza do mandamento legal e com a indiferença aos valores e aos dados da realidade está sendo suplantada pela introdução dos aspectos sociais no ordenamento jurídico, pela intervenção estatal na economia, pela maior amplitude que se atribui ao direito de liberdade – agora não apenas restrito ao *ser proprietário* –, pela igualdade substancial.

Ultrapasse-se a concepção legalista de ordenamento jurídico como sistema estático, fazendo com que interpretação e aplicação do direito passem a ter uma maior correspondência com a realidade, superando-se o paradigma da mera subsunção lógica e da absoluta neutralidade do intérprete⁴.

³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 255.

⁴ Apesar dessas transformações pelas quais vêm passando as bases hermenêuticas, é de se notar que o método lógico-dedutivo ainda vem

Enquanto o direito do Estado liberal dependia basicamente do legislador⁵, o direito do Estado social impõe uma maior atuação do intérprete, a fim de que sejam realizadas as exigências materiais oriundas da ordem jurídica, sobretudo no que diz à concretização dos direitos fundamentais sociais.

2.2. Bases teóricas do Estado liberal: a necessidade de salvaguarda da liberdade como garantia dos direitos individuais contra o Estado. A identidade entre Direito e lei.

O Estado liberal foi inicialmente concebido como uma oposição ao absolutismo monárquico, instrumento de arbítrio e opressão aos direitos individuais: na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo, e o poder estatal era o maior inimigo da liberdade⁶.

Para os teóricos do liberalismo, era necessário proteger o indivíduo do Estado, garantindo-lhe um espaço onde pudesse fruir de plena liberdade.

Essa compreensão estritamente liberal de liberdade, como conjunto dos direitos individuais oponíveis ao Estado, surgiu a partir das grandes revoluções burguesas, sobretudo da Revolução Francesa de 1789.

Tal concepção se distingue da que Mauro Barberis denomina de *preliberal*⁷, consubstanciada na garantia da liberdade pela lei e pelo Estado. Consideram-se o Estado e a legislação como as principais, senão as únicas, garantias da liberdade individual – um indivíduo “é

sendo utilizado como forma de mascarar os verdadeiros fundamentos da decisão judicial, não tendo o intérprete se desvencilhado completamente do apego ao formalismo jurídico. Como bem destaca João Maurício Adeodato (**Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 261), “parece até hoje permanecer a convicção, ligada a uma mentalidade silogística, de que toda decisão jurídica parte de uma norma geral prévia”.

⁵ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 73.

⁶ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., 2004, p. 40.

⁷ BARBERIS, Mauro. Libertad y Liberalismo. **Isonomía**. n. 16. Abril, 2002, p. 181.

livre de outros indivíduos para fazer o que se deve graças ao Estado e às suas leis: por fora dessas condições institucionais, se está continuamente exposto ao governo do homem sobre o homem, à fatalidade da dependência pessoal, à cega casualidade das relações de força”⁸.

Nessa perspectiva, partindo da concepção de que o estado de natureza é também um estado de igualdade, no qual ninguém tem mais do que qualquer outro, Locke o concebe como um “estado de perfeita liberdade”, em que todos os homens se acham naturalmente livres para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem⁹.

Segundo Locke, todos os homens estão naturalmente nesse estado, e nele permanecerão até que consintam em se tornar membros de alguma sociedade política.

Assim, Locke procede a uma distinção entre a liberdade natural do homem – que consiste em estar livre de qualquer poder superior na terra, tendo somente a lei da natureza como regra –, e a liberdade do homem na sociedade, pela qual este somente estaria submetido ao poder legislativo, que, por sua vez, se estabeleceria por consentimento da comunidade, pois a liberdade do homem sob um governo importaria em ter regras que são comuns a todos os membros da sociedade.

É nessa idéia de liberdade através da lei – consistente na única barreira autêntica ao poder do homem sobre o homem, tal qual se desenhara no denominado *estado de natureza* – que Locke compreende a liberdade do homem em sociedade.

Desta feita, cumpria ao Estado e às leis organizar a liberdade no campo social: “o Estado manifesta-se, pois, como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem”, constituindo-se

⁸ BARBERIS, Mauro. Ob. Cit., 2002, p. 187. Tradução livre. Texto no idioma original: [...] *se es libre de otros individuos para hacer lo que se debe gracias al Estado y a sus leyes: por fuera de estas condiciones institucionales, se está continuamente expuesto al gobierno del hombre sobre el hombre, a la fatalidad de la dependencia personal, a la ciega causalidad de las relaciones de fuerza.*

⁹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Coleção Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 217.

no aparelho de que se servia o homem para alcançar, na sociedade, a realização de seus fins¹⁰.

Sem a pretensão de realizar incursões jusfilosóficas, o presente estudo revela-se como uma distinção entre as noções de liberdade garantida através das leis e do Estado, e de liberdade contra o Estado, tal qual concebida no Estado Liberal, onde o poder estatal passou a ser considerado como um “inimigo da liberdade”¹¹.

Nesse plano, a ação estatal caracterizava-se pelo monopólio do poder, ao qual a classe burguesa buscava opor obstáculos, objetivando a salvaguarda da liberdade e da propriedade individuais contra a ingerência do Estado: “fazia-se mister contrapor à onipotência do rei um sistema infalível de garantias”¹².

Era necessária, portanto, uma limitação do poder absoluto, que veio a consubstanciar-se na técnica da divisão dos poderes como forma de garantia do equilíbrio político e da liberdade individual.

Quanto menor fosse a presença do Estado nos atos da vida humana, maior era a esfera de liberdade do indivíduo (burguês). Os ideais burgueses somente poderiam consolidar-se diante de um Estado assentado no formalismo jurídico, “destituído de conteúdo, neutralizado para todo ato de intervenção que pudesse embaraçar a livre iniciativa material e espiritual do indivíduo, o qual, como soberano, cingira a Coroa de todas as responsabilidades sociais”¹³.

A burguesia precisava de liberdade para desenvolver as suas atividades econômicas, e, por conseguinte, para conservar a propriedade. Impunha-se, assim, a configuração de um Estado abstencionista, adstrito a organizar-se politicamente, através de uma distribuição do poder entre titulares que não se confundiam.

Embora nos dias de hoje não mais se possa conceber essa separação dos poderes em termos absolutos, é relevante ressaltar que a descentralização do poder em muito contribuiu para a consolidação dos direitos humanos.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., 2004, p. 40-41.

¹¹ BARBERIS, Mauro. Ob. cit., 2002, p. 186. No mesmo sentido, Paulo Bonavides, 2004, p. 40.

¹² BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., 2004, p. 45.

¹³ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., 2004, p. 68.

Conquanto tais direitos somente tenham se ampliado a partir da conformação do Estado social, onde a liberdade não mais se restringe à garantia da propriedade, e a igualdade deixa de ser tomada somente sob aspectos formais, a contenção do arbítrio do poder absoluto serviu para a proteção do indivíduo.

Esses direitos fundamentais passaram a ser concebidos como limites à atuação do Estado; eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo-se uma rígida fronteira entre o espaço do indivíduo e o espaço do Estado.

Nesse cenário, os direitos fundamentais de liberdade e igualdade formal despontam como meios de proteção do indivíduo em sua relação com o Estado. Deles também decorriam a noção de autonomia da vontade como instrumento de disciplina das relações entre os sujeitos tidos como formalmente iguais, uma vez que o homem não era concreta e historicamente considerado, era “quase uma abstração metafísica”, não se cogitando dos seus anseios e necessidades reais¹⁴.

No plano econômico, almejava-se garantir a segurança e a previsibilidade das relações negociais, o Estado ausentava-se da esfera econômica e dos conflitos distributivos.

O direito, por sua vez, era concebido como um mecanismo de certeza e segurança de tais relações, pois se identificava estritamente com a lei, cuja aplicação deveria ser a mais previsível possível, haja vista que precedida de um raciocínio puramente lógico, através do qual os casos concretos eram subsumidos a comandos legais abstratos, numa verdadeira “sinonímia medular entre direito e lei”¹⁵.

2.2.1 O perfil do Direito no Estado liberal: a interpretação e a aplicação como operações meramente formais.

O direito do Estado liberal coincide com a ascensão do positivismo jurídico¹⁶. À medida que era superada a idéia de direitos

¹⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 28.

¹⁵ VIGO, Rodolfo Luis. Razonamiento Justificadorio Judicial. **Doxa**. n. 21, 1998, p. 483.

¹⁶ Frise-se que o presente trabalho não pretende apresentar um estudo acerca das vertentes do positivismo jurídico, mas apenas oferecer um panorama das principais características do Direito no Estado liberal. Ademais disso,

inatos e transcendentais, estes passam a ser abrigados pela ordem jurídica positiva, com fins de assegurar a segurança das relações entre os indivíduos.

Através da perspectiva positivista, o direito é considerado como um fato: “um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural”¹⁷. Assim, o jurista deveria atuar com a objetividade e o distanciamento de um cientista, aplicando a lei jurídica às situações nela descritas¹⁸, estudando o direito da mesma forma que os cientistas estudavam a realidade natural, ou seja, abstendo-se de formar juízos de valor.

Tal compreensão do fenômeno jurídico é tributária da noção de cientificidade oriunda das ciências naturais; a norma jurídica era tratada como um objeto científico a ser conhecido, e o ordenamento jurídico era concebido a partir da idéia de completude¹⁹.

Disso decorria (e ainda decorre, haja vista que, não obstante tal percepção do fenômeno jurídico não mais se coadune com os anseios da sociedade – revelados pelos ditames do Estado social –, muitos juristas ainda mantêm o apego à forma) a concepção meramente formalista da interpretação jurídica, que oferta absoluta prevalência às formas, com base em uma operação meramente lógica, isto é, “aos conceitos jurídicos abstratos da norma legislativa com prejuízo da finalidade perseguida por esta, da realidade social que se encontra por trás da forma e dos conflitos de interesse que se deve dirimir”²⁰.

Propunha-se excluir da ciência do direito qualquer referência a sentido ou a valor, e isso se justificava pelo fato de que, como os positivistas objetivavam se distanciar das idéias jusnaturalistas, havia um receio em se fazer afirmações ou pressuposições que não pudessem ser objetivamente demonstradas.

importante observar que a atividade interpretativa se expressa de forma diversa de acordo com as diferentes concepções do positivismo.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 132.

¹⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Ob. cit., 2006, p. 27.

¹⁹ Importa salientar que o presente estudo não se aparta da idéia de direito como ciência, mas intenta apresentar os problemas de sua identificação com as ciências naturais.

²⁰ KRELL, Andreas Joachim. Ob.cit., 2002, p. 71-72.

A Escola da Exegese e a Jurisprudência dos Conceitos são vertentes hermenêuticas que caracterizam esse período de “primazia da segurança formal”²¹.

Como sintetiza Marcelo Neves, esses modelos constituem uma forma de interpretação que se pode denominar, semioticamente, de sintático-semântica, uma vez que enfatiza as conexões sintáticas entre os termos, expressões ou enunciados normativo-jurídicos, pressupondo a univocidade dos mesmos. Partia-se da precisão denotativa e conotativa da linguagem legal: “os problemas semânticos estariam subordinados aos sintáticos, na medida em que a articulação lógica e sistemática entre signos legais ou conceitos normativos possibilitaria a subsunção do caso à hipótese legal pré-delineada”²².

Para os exegetas, o direito se resumia à lei, tida como expressão precisa da intenção do legislador. Aqui, a interpretação e a aplicação eram confiadas a uma razão judicial asséptica, que mediante um elementar mecanismo de subsunção remetia sem dificuldades a lei ao caso²³.

O valor decisivo e central deste modelo era a segurança jurídica, consubstanciada na previsibilidade das decisões, em uma resposta antecipada para cada problema concreto. A interpretação circunscrevia-se, assim, na reconstrução, com fidelidade, da vontade do legislador.

Também sob o prisma da atividade interpretativa como operação lógica, só que desta feita partindo da idéia de subsunção da matéria de fato a conceitos jurídicos, a Jurisprudência dos Conceitos “concebe o ordenamento jurídico como um sistema fechado de conceitos jurídicos, requerendo, assim, o «primado da lógica» no trabalho juscientífico”²⁴.

O direito era concebido a partir de um pensamento conceitual formal, em que as proposições jurídicas singulares que o constituíam encontravam-se interligadas por um nexos lógico entre conceitos, que

²¹ NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 357.

²² NEVES, Marcelo. Ob.cit., 2003, p. 357-358.

²³ VIGO, Rodolfo Luis. Ob.cit., 1998, p. 483.

²⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 64.

precisavam ser reconhecidos entre si como condicionantes e derivantes, e tudo através do sentido que o legislador ligou às palavras por ele utilizadas.

Exigia-se, pois, que o intérprete se colocasse no lugar do legislador e executasse o seu pensamento, perseguindo as circunstâncias jurídicas e os fins considerados ao tempo da edição da lei.

Mais além disso, propunha-se que a interpretação tivesse também a missão de extrair o verdadeiro pensamento do legislador, e “não apenas ajustar à expressão insuficiente da lei o sentido realmente pensado pelo legislador, mas ainda «imaginar» o pensamento que o legislador não pensou até ao fim”, ou seja, não se devia manter somente no plano da sua vontade empírica, mas conhecer a sua vontade racional, que deveria ser extraída das palavras da lei, a fim de que se atingisse “o verdadeiro pensamento do Direito no seu todo”, numa unidade de sentido objetiva²⁵.

Diante disso, caberia ao intérprete desvelar o único sentido juridicamente possível dos termos legais, a aplicação apropriada das normas jurídicas, a única decisão correta; o que, por sua vez, era viabilizado pela “precisão denotativa e conotativa da linguagem legal”²⁶, que permitia atingir o sentido essencial dos termos e expressões jurídicas.

O conteúdo da determinação jurídica era extraído, portanto, da vontade do legislador, das palavras da lei, segundo o seu sentido lógico e gramatical, que deveria ser reproduzido pelo intérprete/aplicador. Sob esse prisma, o direito do Estado liberal servia para garantir a segurança das relações entre os indivíduos, especialmente com base nos direitos de liberdade individual e propriedade. Para tanto, partia-se da idéia de pré-determinação dos textos normativos, de interpretação como tarefa meramente objetiva e formal, destacada pela plena neutralidade do intérprete²⁷.

²⁵ LARENZ, Karl. Ob. cit., 2005, p. 36-37.

²⁶ NEVES, Marcelo. Ob. Cit., 2003, p. 358.

²⁷ Advirta-se que essa postura hermenêutica ainda vigora em grande medida em nosso país, não obstante a Carta Constitucional de 1988 – precedida, no que toca ao perfil econômico-social, pelas Constituições de 1934 e 1946 – tenha perpetrado uma verdadeira mudança de paradigma hermenêutico, consoante se analisará ao longo deste estudo.

2.3. A insuficiência do modelo liberal diante da desigualdade material entre os indivíduos. A necessidade de intervenção do Estado na economia e nas relações sociais.

Consoante já restou assinalado, embora o modelo de Estado liberal tenha contribuído para a garantia dos direitos de liberdade e igualdade dos indivíduos, a feição meramente formal de tais direitos traduziu-se em verdadeira desigualdade social, refletida principalmente na prevalência da vontade dos mais fortes.

Enquanto a liberdade era concebida apenas como forma de desligamento das amarras estatais, como liberdade de mercado e de propriedade; e a igualdade restringia-se à percepção de tratamento igualitário perante a lei, desenvolvia-se uma sociedade massificada, materialmente desigual, carente de direitos que consagrassem os anseios sociais, e não apenas as pretensões do indivíduo proprietário.

Percebeu-se, então, menos por iniciativa do próprio Estado e mais por exigência da sociedade, que não bastava simplesmente a garantia de direitos individuais, pois era também necessária a garantia de condições mínimas de existência para cada ser humano e para as suas relações com a sociedade. O foco deixa de ser apenas o indivíduo e passa a ser o todo social, do qual o indivíduo faz parte, e no qual se relaciona.

O Estado passa a ter como valores supremos o “homem-pessoa” (≠ homem-indivíduo) e a sociedade, tudo indissolivelmente vinculado a uma “concepção reabilitadora e legitimante do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade”²⁸.

A liberdade individual e a propriedade passam a ser subordinadas ao interesse social ou coletivo, sem significar, contudo, um *totalitarismo* dos aspectos coletivos e sociais em detrimento do indivíduo, como têm entendido, com exagero, alguns autores²⁹; mas

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 368.

²⁹ Daniel Sarmiento (2004, p. 41), por exemplo, posiciona-se no sentido de que “se é certo que os excessos do individualismo egocêntrico do liberalismo tinham de ser podados, em prol de interesses da coletividade e em especial dos hipossuficientes, não é menos certo que a afirmação da superioridade do coletivo sobre o individual – expressão de uma concepção organicista da sociedade, na qual a pessoa humana, como parte, fica subordinada aos interesses do todo – representa a ante-sala para o totalitarismo”.

significando uma forma de harmonizar interesses individuais e sociais/coletivos.

Assim, o Estado social não significa apenas a inserção dos direitos sociais no ordenamento constitucional, mas que todos os demais direitos, devem ser entendidos sob a ótica social, a fim de que se assegure um equilíbrio na relação entre os indivíduos, e entre estes e a sociedade.

Para que esse equilíbrio seja atingido, o Estado passa a intervir nas relações sociais, econômicas, e, inclusive, nas relações que *a priori* pareçam ter repercussões meramente individuais.

Ao contrário do que verberam os defensores do capitalismo denominado *neoliberal*, essa intervenção do Estado nos aspectos sociais e econômicos não possui caráter paternalista, não se constituindo em uma proteção em excesso, ou na geração de parasitas sociais, mas possui o objetivo primordial de concretizar o princípio da igualdade em sua essência, fazendo com que as relações entre os indivíduos se perfeçam de forma equânime, oferecendo uma superioridade jurídica àqueles que são inferiores de fato, como, por exemplo, os trabalhadores e os consumidores.

O Estado social se constitui, assim, em um Estado interventor, plasmado na promoção da justiça social e da igualdade substantiva.

Esse modelo de atuação estatal firmou-se no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1934, que foi seguida pelas demais Constituições promulgadas de 1946 e 1988, quando o texto constitucional passou a catalogar determinadas categorias de direitos nos quais é prevacente o caráter social sobre o individual, onde são impostas ao Estado prestações positivas, objetivando acrescer aos direitos fundamentais de primeira dimensão (vida, liberdade, propriedade e igualdade formal) os ditames do desenvolvimento e da justiça social.

Nesse contexto, dilata-se o âmbito de ingerência do Estado, que passa a intervir em esferas das quais se abstinha, sendo exemplo clássico o direito de propriedade (tido como materializador da riqueza e proclamado como fundamento da liberdade dos indivíduos), que sai do campo de interesses puramente individuais e assume ampla função social, largamente regulada pela Constituição.

Assim, interesses que outrora eram tidos como intangíveis, e sem nenhum reflexo para a sociedade, passam a ser disciplinados pela Constituição, que unificou em torno de si todo o complexo material de normas que compõe a ordem jurídica.

Para além disso, é de se destacar a incorporação pelo texto constitucional de uma nova dimensão de direitos fundamentais, caracterizada pelo redimensionamento da titularidade de tais direitos, que, de eminentemente vinculados aos sujeitos, passam a abarcar determinados grupos, numa verdadeira mudança de paradigma, onde prevalecem os direitos de solidariedade e de fraternidade, que somente vieram a ser plenamente consolidados no Brasil com a Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva, de intervenção estatal em busca da igualdade material baseada nos preceitos de solidariedade e fraternidade, o direito tal qual configurado no Estado liberal – marcado pela idéia de sistema fechado, porque concentrado em uma codificação, que oferecia estabilidade jurídica a uma economia de mercado desvinculada do aspecto social – não conseguia mais dar respostas aos novos anseios da sociedade, principalmente após a Revolução Industrial, geradora de uma cultura massificada, com grande circulação de bens e serviços, que não mais se resumiam à propriedade clássica objeto primordial da codificação.

Notou-se, então, que os valores desta sociedade não mais se identificavam com aqueles difundidos pelo direito do Estado liberal, ao revés, são sobrepostos pelos ditames do Estado social, impondo-se uma reinterpretação dos denominados direitos civis e políticos sob a ótica dos direitos sociais³⁰.

Por outro lado, cogita-se, atualmente, da configuração de um Estado pós-social, caracterizado pela subsidiariedade da atuação estatal³¹, e pela disseminação do poder pela sociedade, diminuindo horizontalmente o papel do Estado³².

³⁰ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 26.

³¹ SARMENTO, Daniel. Ob.cit., 2004, p. 51.

³² SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**. n. 82. ano XX. Abr/Jun., 1987, p. 44.

Mais especificamente, esse modelo de Estado se caracterizaria pela restituição à iniciativa privada do exercício de atividades econômicas às quais vinha se dedicando, através de privatizações e da busca de parcerias para a prestação de serviços públicos.

Tal formulação advém da denominada *crise do Estado social*, e remonta aos defensores do neoliberalismo. Contudo, é de se observar que tais circunstâncias não são suficientes para que se permita concluir por um esfacelamento do Estado social no Brasil.

Conquanto nos últimos tempos governos conclamados neoliberais tenham deflagrado uma série de privatizações, isto não significa que a feição jurídica do Estado tenha perdido o seu perfil intervencionista.

Não obstante as privatizações, o poder de intervenção estatal na atividade econômica subsiste. O Estado não pode eximir-se de fiscalizar a atividade privada e intervir em sua atuação para adequá-la aos ditames da justiça social.

O art. 170, da Constituição Federal, que regula a Ordem Econômica e Financeira, estabelecendo os princípios que regem a atividade econômica, permanece inalterado. Seu conteúdo normativo impõe como finalidade da ordem econômica a garantia a todos de uma existência digna, observadas a função da social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais, a busca pelo pleno emprego. No art. 174, o Estado aparece como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

De ver-se, portanto, que a chamada crise do Estado social situa-se na dimensão da ordem social insatisfeita (na falta de implementação de políticas públicas, na ineficiência do Estado para a promoção das exigências da coletividade, na desigualdade real que ainda persiste; enfim, e infelizmente, na falta de efetividade dos direitos sociais), não se estendendo à feição jurídica do Estado social e a toda a base principiológica por ele instaurada.

Impende concluir, portanto, que a ordem jurídica brasileira continua sendo regida pelos preceitos sociais, adequando-se perfeitamente à compreensão de Estado social, que “se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades

privadas”, de modo que as “Constituições sociais são assim compreendidas quando regulam a ordem econômica e social, para além do que pretendia o Estado liberal”³³.

2.3.1 Os novos parâmetros hermenêuticos introduzidos pelo Direito do Estado social.

Os postulados do Estado social impõem uma nova forma de compreensão da ordem jurídica, agora pautada através da promoção da justiça social, da garantia da dignidade da pessoa humana, da igualdade material – e não somente da proclamação erística da igualdade –, da solidariedade (concebida não apenas como preceito ético, mas como imposição legal de cooperação de uns com os outros), da introdução de aspectos axiológicos, e da superação dos rigores do formalismo tradicional.

Com isso, a interpretação e a aplicação do Direito ganham novos contornos, opondo-se à estrita observância do modelo lógico-dedutivo, e incorporando as teorias anti-formalistas, que ascenderam a partir do século XIX, fazendo com que esses dois momentos do fenômeno jurídico passassem a ter uma maior correspondência com a realidade: abstração e formalismo dão lugar à concretude, ao exame das situações jurídicas além da simples subsunção lógica.

Percebeu-se, então, que as novas demandas sociais, extremamente complexas e empiricamente insolúveis através do simples recurso à subsunção, “impunham uma concepção substantiva de justiça”³⁴, inatingível através da compreensão formalista do fenômeno jurídico.

Como bem observa Paulo Bonavides³⁵, o Direito passa a instaurar-se sobre outras bases, que não são as do individualismo minguate, mas as da socialização ascendente e que trouxe à altura constitucional os direitos fundamentais da segunda dimensão, requerendo o alargamento e a renovação de todo o instrumental interpretativo, buscando o direito nas suas raízes sociais.

³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 42. São Paulo: RT, abr./jun., 2002, p. 187.

³⁴ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 20.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., 2004, p. 9 e 19.

No plano hermenêutico, esse perfil se revela pela introdução de teorias interpretativas concretistas, onde ganham proeminência o exame do caso concreto, a adequação da norma à realidade, o conteúdo axiológico da ordem jurídica, a compreensão do “homem como ser-no-mundo”³⁶.

O problema concreto exsurge como componente do ato interpretativo, que, por sua vez, pressupõe um vínculo entre a compreensão prévia do intérprete sobre o conteúdo da norma e o problema cuja solução se busca.

Elementos que outrora eram considerados metajurídicos, porque não se enquadravam na moldura estrita da lei, tal como postulado pelo positivismo, agora passam a ser internalizados, a fim de que se concretize a necessária aproximação entre direito e sociedade/realidade.

É o que vem sendo denominado de virada hermenêutica, onde o direito é visto como uma prática interpretativa, superando os limites do formalismo que caracterizou a teoria jurídica dos séculos XIX e XX. Nessa direção, insere-se o direito no contexto social, e o intérprete passa a ser visto como um conector entre o direito e a sociedade³⁷.

Assim, o sentido normativo dos textos jurídicos passa a ser buscado em contextos históricos e sociais, sem se perder de vista o exame de questões como legitimidade das decisões e racionalidade do discurso.

Entram em cena os debates acerca da crença na absoluta objetividade e neutralidade do intérprete, diante da maior indeterminação que passou a caracterizar os textos legais, exigência de uma sociedade em transformação, que impõe a edição de textos de conteúdos normativos mais abertos, e sem pretensão de completude, como ocorrera com a codificação liberal.

³⁶ CATÃO, Adrualdo de Lima. A visão hermenêutica da interpretação jurídica para a superação do paradigma da neutralidade do intérprete. **Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito**, p. 10. Disponível em: <<http://www.conpedi.org>>. Acesso em: 28.03.2007.

³⁷ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. **Hermenêutica Plural – possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. Org. Carlos Eduardo de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 130-131.

A par disso, avulta de importância a filosofia hermenêutica, que se opõe à concepção tradicional da hermenêutica jurídica baseada na existência de um sentido *em si* do texto normativo³⁸. Desvela-se, nesse cenário, a referência a uma pré-compreensão do intérprete, que ao invés de descobrir o que pretendia o autor do texto, formula o seu sentido a partir da sua própria perspectiva e do problema posto: “a interpretação de um texto pressupõe sempre um problema situado na existência histórica do intérprete e que, por isso, só poderá ser entendido a partir de sua pré-compreensão, o que implica uma conexão circular entre o texto interpretado e a realidade que o circunda”^{39 40}.

Rompe-se, desta feita, com a dimensão meramente sintática da interpretação, buscando a determinação semântica do sentido dos textos jurídicos, condicionada pragmaticamente⁴¹. Nesse enfoque, é no momento histórico da aplicação que o sentido será dado ao texto pelo intérprete⁴², numa estreita conexão entre o processo de conhecimento e o contexto histórico em que está inserido o sujeito cognoscente⁴³.

Incrementa-se, por consequência, o papel do julgador, e o seu dever de justificar as decisões. Crescem os debates acerca do problema da incerteza, da falta de previsibilidade, do subjetivismo, das decisões circunstanciais e das arbitrariedades.

De ver-se, pois, que os novos postulados interpretativos não estão isentos de críticas e ponderações. Não obstante a relevância da necessária percepção do sentido material das disposições normativas, não se pode olvidar da inserção de instrumentos de controle das

³⁸ CATÃO, Adualdo de Lima. Disponível em: <<http://www.conpedi.org>>. Acesso em: 28.03.2007.

³⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Ob. cit., 2006, p. 31.

⁴⁰ Segundo Gadamer (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 14.), a idéia de análise da pré-compreensão e da inserção histórica da interpretação/aplicação como princípios hermenêuticos partiu de uma intenção filosófica, onde “o que está em questão não é o que nós fazemos, o que nós deveríamos fazer, mas o que, ultrapassando nosso querer e fazer, nos sobrevém ou nos acontece”.

⁴¹ NEVES, Marcelo. Ob. cit., 2003, p. 359.

⁴² CATÃO, Adualdo de Lima. Disponível em: <<http://www.conpedi.org>>. Acesso em: 28.03.2007.

⁴³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Ob. cit., 2006, p. 31.

decisões judiciais. Além disso, o reconhecimento de que a atividade interpretativa não é absolutamente objetiva e neutra não implica concluir que seja a porta aberta para o decisionismo, para decisões casuísticas.

Por outro lado, um dos principais aspectos positivos desses novos parâmetros hermenêuticos é a transparência com a qual eles vêm sendo tratados, o que possibilita um maior controle. Se outrora os elementos subjetivos da interpretação podiam ser velados pela máscara da subsunção lógica, de forma que a pré-compreensão do intérprete era encoberta pela clássica ordem lógica da premissa maior, da premissa menor e da conclusão, hoje se constrói uma consciência dessa pré-compreensão, que passa a fazer parte dos argumentos justificatórios.

Ademais, não se pode esquecer que a tarefa interpretativa não deve ser apartada do texto: “com isso, o empreendimento hermenêutico ganha um solo firme sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar [...] à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto”⁴⁴.

Assim, deve-se ter consciência das opiniões prévias e dos preconceitos, dando-se conta das próprias antecipações, para que o “texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias”⁴⁵.

Essa consciência já se configura, portanto, numa forma de controle. O intérprete deve reconhecer o caráter preconceituoso da interpretação, para que isto não o impeça de compreender o seu objeto.

Não é difícil perceber, através dos termos até aqui expostos, que os métodos de interpretação tradicionais são impotentes para solucionar as questões jurídicas atuais, sobretudo diante da introdução de dispositivos normativos de conteúdo mais aberto, que exigem a inafastável interlocução do intérprete, notadamente em se tratando da concretização dos direitos sociais, dos princípios da dignidade da pessoa

⁴⁴ Segundo GADAMER (1997, p.405), “uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto”.

⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., 1997, p. 405.

humana e da solidariedade, dos limites da autonomia da vontade, da intervenção estatal.

Além do mais, “já não era possível prestar contas das variações emergenciais de sentido, cada vez mais freqüentes, valendo-se apenas dos recursos lógicos ministrados pela interpretação formal, que naturalmente obrigavam o intérprete a ignorar o conteúdo da norma”⁴⁶.

Contudo, esse giro hermenêutico, essa necessária conexão entre texto e contexto, entre direito e realidade, esse alargamento da atividade interpretativa, não devem refletir numa inconsistência do ordenamento jurídico. A norma jurídica não deve servir, portanto, apenas de respaldo formal para decisões circunstanciais; o conteúdo axiológico da ordem jurídica não deve ser tido como um meio de escamotear arbitrariedades. Enfim, esses novos parâmetros hermenêuticos não devem ser recepcionados acriticamente, de maneira irrefletida.

3. A justiciabilidade dos direitos sociais como exigência de concretização material da Constituição.

3.1 Notas introdutórias.

Embora as Constituições brasileiras de 1934 e 1946 tenham se caracterizado pela introdução de capítulos próprios em torno da ordem econômica e social, sem dúvida a Constituição de 1988 é o marco da inserção dos ditames do Estado Social no Brasil, pois apresenta uma proteção avançada dos direitos sociais, combinada com a definição de limites às atividades econômicas.

Não obstante o amplo rol de direitos sociais definidos pela norma constitucional, não é incomum falar-se na falta de efetividade desses direitos, na sua caracterização como normas meramente programáticas, como instruções que merecem ser seguidas, mas que não vinculam os seus destinatários.

É justamente em face desse discurso que se tem construído todo um conjunto de objeções à justiciabilidade dos direitos sociais, à possibilidade de serem exigidos judicialmente, à sua vinculatividade na solução dos casos concretos.

Essa compreensão se deve, sobretudo, a uma visão tradicional, formalista e equivocada do ordenamento jurídico, que se aparta dos valores essenciais que lhe são subjacentes.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., 2006, p. 483/484.

Mantém-se o apego ao dogma da separação dos poderes, concebendo-o como um afastamento irrestrito, tal como formulado no Estado liberal, em oposição ao poder absoluto.

Não se percebeu, ainda, que esse fundamento para o princípio da divisão dos poderes não mais existe, que é necessária uma revisão do dogma, que essa concepção incondicional não se sustenta em um Estado que, para ver concretizados os seus fundamentos e os seus objetivos, necessita de uma colaboração entre os poderes, de uma harmonização.

Além do mais, a verdade é que o princípio da separação dos poderes vem sendo utilizado como um escudo pronto para defender o Executivo e o Legislativo das determinações judiciais, da obrigatoriedade do cumprimento dos próprios mandamentos constitucionais.

Sempre que o Judiciário é acionado para fazer valer a norma constitucional que determina um dever ao Administrador Público ou ao Legislador, especialmente em se tratando da implementação de políticas públicas, ele é acusado de invadir a “casa alheia”⁴⁷, de violar o art. 2º, da Constituição Federal.

Não fosse isso, argumenta-se que a inefetividade dos direitos sociais se deve a) à indefinição do conteúdo da prestação determinada pela norma constitucional; b) ao custo da realização das políticas públicas (de modo que a atuação estatal estaria limitada aos contornos de uma reserva do possível, onde a efetivação dos direitos sociais dependeria dos recursos econômicos); c) à falta de competência técnica e política do Poder Judiciário para definir o conteúdo da prestação e para decidir sobre a alocação dos recursos públicos.

Segundo José Reinaldo de Lima Lopes⁴⁸, outras peculiaridades dos direitos sociais também são apontadas como obstáculos à sua justiciabilidade, como, por exemplo, o fato de que esses direitos lidam não com a simples adjudicação de interesses protegidos (ou seja, com

⁴⁷ Expressão utilizada por Flávio Dino de Castro e Costa (A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Revista Interesse Público**. ano 6. n. 28. Porto Alegre: Notadez, nov./dez., 2004, p. 66.).

⁴⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006, p. 238.

direitos no sentido estrito e moderno do termo), mas com distribuição de poder, riqueza e reconhecimento dentro de um grupo tão grande quanto uma sociedade nacional. Ainda segundo o autor, a doutrina assinala alguns constrangimentos institucionais-estruturais de que sofre o Judiciário ao lidar com tais direitos: 1) os conflitos sociais que lhe chegam pedem soluções de reforma social, não de garantia do *status quo*; 2) aos tribunais faltam os meios institucionais (como um corpo técnico) para executar e monitorar decisões que impliquem programas de ação continuada (políticas públicas); 3) como não podem agir de ofício, os tribunais somente agem conforme interesses episódicos e descoordenados.

Todas essas questões estão intimamente relacionadas à atuação do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais.

O maior ativismo judicial observado nas últimas décadas, os novos parâmetros hermenêuticos, o distanciamento do formalismo, a aproximação entre direito e realidade, a necessária observância aos valores, a (im)possibilidade de intervenção do Judiciário na sacralizada discricionariedade administrativa, a definição judicial do conteúdo dos direitos sociais e da destinação dos recursos orçamentários são temas que vêm desafiando a doutrina e a jurisprudência, e que servirão de balizas para a definição das novas perspectivas e dos rumos que serão tomados pelos direitos sociais, e pela ordem jurídica como um todo.

3.2 Fundamentos teóricos dos direitos sociais: avanços e retrocessos. A expansão do papel do Judiciário e a revisão do dogma da separação dos poderes.

Os direitos sociais surgiram basicamente dos reclamos da classe operária, das sociedades de massa que se formaram a partir do desenvolvimento industrial, e passaram a exigir a garantia de condições mínimas para uma existência digna.

A introdução desses direitos nos textos constitucionais representou uma verdadeira mudança de paradigma. O papel do Estado, que outrora se limitava a garantir a igualdade e a liberdade formais, cingindo-se a não interferir nas relações jurídicas, passa a ser mais amplo: diante da desigualdade de fato que se instaura no ambiente social, o Estado é chamado a prover os meios necessários à instauração de uma igualdade material.

A ordem jurídica, então, aparta-se do individualismo exacerbado e passa a contemplar os interesses da coletividade. Os direitos sociais são concebidos como parâmetros hermenêuticos para todo o ordenamento jurídico, e exigem que o Estado implemente medidas jurídicas e materiais aptas a concretizá-los.

Essa mudança perpetrada pela introdução dos direitos sociais na ordem constitucional tem gerado inúmeras controvérsias. Doutrina e jurisprudência, intimamente relacionadas que eram (e que ainda são) à concepção individualista, formalista e procedimental do direito, têm dificuldades em acompanhar a sua evolução: “nos burocratizados tribunais brasileiros, cujos integrantes parecem acreditar que os conflitos podem ser solucionados pelo simples apego a certas formas e/ou pela ritualização de certos atos, os direitos humanos e sociais vêm dificultando a rotina da aplicação da lei”⁴⁹.

Além de decorrer do apego à compreensão tradicional/liberal do direito, isso se deve também à debilidade teórica acerca dos direitos sociais, como bem adverte Luigi Ferrajoli, ao prefaciar a obra de Abramovich e Courtis⁵⁰. Segundo Ferrajoli, não obstante os direitos sociais estejam solenemente proclamados em todas as cartas constitucionais e internacionais do século XX, tem-se entendido que o fato de imporem obrigações de prestações positivas, cuja violação não seria sancionável, não os faria coercíveis nem justiciáveis.

Entretanto, é necessário acabar com a dualidade estanque entre direitos negativos e direitos positivos.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão caracterizam-se essencialmente pela exigência de um não-fazer do Estado, de uma abstenção, sendo assim concebidos como direitos de defesa, ao contrário dos direitos de segunda dimensão, que exigem prestações positivas que devem ser implementadas através do Estado.

Contudo, essa distinção não pode ser utilizada para afastar o caráter vinculante dos direitos sociais. Embora gerem tipicamente expectativas positivas, não deixam de criar expectativas negativas, de

⁴⁹ FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. **Revista da Universidade de São Paulo**. n. 21. mar./mai., 1994, p. 47.

⁵⁰ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Ob. Cit., 2004, p. 9.

maneira que a diferença entre os direitos de primeira e segunda dimensão é somente de grau, e não de estrutura.

O mesmo se diga quanto aos denominados direitos negativos, que requerem, por parte da esfera pública, não apenas proibições de interferência, mas também as obrigações de prover as condições para o seu exercício e sua tutela. Essa distinção deve, portanto, ser relativizada, afastando-se da compreensão liberal de Estado mínimo, onde seria conceitualmente impossível e materialmente inviável o surgimento de direitos subjetivos a partir das normas de direitos sociais.

Assim, tanto os chamados direitos civis e políticos quanto os direitos sociais devem ser entendidos como “um complexo de obrigações positivas e negativas por parte do Estado”⁵¹: a redução dos direitos fundamentais sociais a prestações estatais – ao menos do ponto de vista de nosso direito constitucional positivo – é manifestamente equivocada, haja vista que esses direitos não formam um conjunto homogêneo, e não podem, por isso, ser definidos restritivamente como direitos a prestações estatais⁵².

Não há diferença substancial que justifique a inexigibilidade dos direitos sociais. A análise desses direitos deve ser empreendida com base na noção de complementariedade; as dimensões de direitos fundamentais devem ser vistas como um “*continuum* de direitos, em que o lugar de cada direito está determinado pelo peso simbólico do componente de obrigações positivas ou negativas que o caracterize”⁵³.

⁵¹ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Tradução livre. Texto no idioma original: “En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado”. 2004, p.25.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. ano I. vol. I. n.º 1. abril, 2001, pp. 18-20. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30.05.2007.

⁵³ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Tradução livre. Texto no idioma original: “[...] una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un continuum de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. [...]”. 2004, p. 27.

Em vista disso, queda-se também o argumento de que os direitos sociais não seriam exigíveis porque condicionados economicamente.

De fato, esses direitos possuem uma dimensão econômica relevante, que, entretanto, não pode ser utilizada como barreira à sua justiciabilidade, pois não se trata de característica exclusiva dos direitos sociais. Assim, “não podemos igualar a densidade normativa de todos os direitos sociais, que se define por condições e pressupostos econômicos bem diferenciados”⁵⁴.

Além do mais, as obrigações deles decorrentes não se restringem à disposição de reservas para o oferecimento de uma prestação, consoante já assinalado. É peculiar a esses direitos a variabilidade de conteúdo, o fato de envolverem um amplo rol de obrigações estatais.

É sob essas bases, aliás, que deve se fundar a concepção de discricionariedade administrativa. O Estado não pode escolher se implementa ou não políticas públicas para a realização dos direitos sociais, pois o dever de concretizar esses direitos já se constitui numa autolimitação da discricionariedade. As disposições orçamentárias devem priorizar a efetivação dos direitos sociais: “em um contexto de relativa escassez econômica, a assunção de obrigações deste tipo supõe uma autolimitação da discricionariedade do Estado em matéria de disposição orçamentária”⁵⁵.

Tratando-se de normas de densidade variada, o que se justifica em face da necessidade de adequação dos direitos sociais à realidade, a discricionariedade surge como ferramenta de gestão dos interesses sociais⁵⁶; em outras palavras, a liberdade do administrador cinge-se à escolha dos meios que serão utilizados para que cumpra o dever de

⁵⁴ KRELL, Andreas Joachim. Ob. cit., 2002, p. 54.

⁵⁵ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Tradução livre. Texto no idioma original: “[...] aun en un contexto de relativa escasez económica, la asunción de obligaciones de este tipo supone una autolimitación de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria.” 2004, p. 36

⁵⁶ KRELL, Andreas Joachim. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. **Revista Interesse Público**. n. 23. Porto Alegre: Notadez, jan./fev., 2004, p. 25.

tornar concretos os direitos sociais, em observância, pois, à determinação constitucional.

A partir disso, questiona-se acerca da legitimidade do Judiciário na concretização desses direitos, em face do princípio da separação dos poderes.

Com efeito, “a estrutura do Poder Judiciário é relativamente inadequada para dispor sobre recursos ou planejar políticas públicas”⁵⁷, funções precipuamente atribuídas ao Executivo e ao Legislativo.

Contudo, a “simplicidade harmônica do modelo esbarra numa única dificuldade: o mundo real”⁵⁸, especialmente em se tratando da realidade político-social brasileira, que impõe a atuação do Judiciário no sentido de oferecer respostas ao problema da concretização dos direitos sociais.

Dada a imprescindibilidade de intervenção judicial na concretização de tais direitos, diante da inércia dos poderes Executivo e Legislativo, assim como em face da necessidade de efetivação das normas constitucionais, é imperiosa uma revisão do dogma da separação dos poderes, haja vista que não mais subsistem os fundamentos sob os quais foi inicialmente formulado.

A concepção tradicional da separação dos poderes tinha por esteio “a *inibição* de um poder pelo outro de forma recíproca [...], com um claro acento anti-hierarquizante e com a finalidade de implodir a concepção mono-hierárquica do sistema político”⁵⁹, como um meio de evitar o despotismo real, com vistas à garantia da liberdade dos cidadãos.

A neutralidade era característica essencial do juiz, cujas funções se resumiam a um automático processo de subsunção do fato à norma, pouco importando a efetiva concretização dos interesses sociais, o que permitia realizar a divisão dos poderes.

⁵⁷ KRELL, Andreas Joachim. Ob. cit., 2002, p. 85.

⁵⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. **Revista da Universidade de São Paulo**. n. 21. mar./mai., 1994, p. 118.

⁵⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista da Universidade de São Paulo**. n. 21. mar./mai., 1994, p. 14.

Hoje, no entanto, o princípio da separação dos poderes “deve ser entendido mais como princípio de *divisão de funções*, o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado Democrático de Direito”⁶⁰, sobretudo na ambiência do Estado social, cujos pressupostos exigem uma expansão do Executivo e do Legislativo na realização da igualdade e da liberdade reais.

O Estado é chamado a oferecer os meios concretos de efetivação dos direitos sociais, o que, por conseguinte, também alarga o âmbito de atuação do Judiciário na concretização desses direitos, agora não mais limitada à estrita aplicação da lei. Exige-se que o Judiciário examine o exercício das atividades estatais no sentido de ver efetivados os objetivos normativamente previstos, numa atuação que pode ser denominada de finalística.

Assim, a divisão de poderes deve ser atualmente entendida como uma divisão de funções, sob pena de traduzir-se em um “efeito *paralisante* às reivindicações de cunho social”⁶¹.

O Judiciário não pode adotar uma postura passiva diante dos reclamos da sociedade, pois com a positivação dos direitos fundamentais sociais passa a assumir um papel de absoluta relevância, notadamente no que pertine à jurisdição constitucional, onde ganham lugar os direitos e valores substantivos, numa compreensão material da Constituição⁶².

3.3. A necessária compatibilidade entre a atuação judicial e o regime político democrático.

Consoante assinalado no capítulo precedente, o direito tem passado por inúmeras transformações desde o advento do Estado social. No Brasil, essas mudanças ficaram mais evidentes a partir da Constituição Federal de 1988, que introduziu, com maior vigor, no ordenamento jurídico brasileiro os principais postulados do Estado social, notadamente a intervenção na economia, a introdução dos

⁶⁰ KRELL, Andreas Joachim. Ob. cit., 2004, p. 40.

⁶¹ KRELL, Andreas Joachim. Ob. cit., 2002, p. 88.

⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 46.

direitos sociais e suas garantias, a exigência de que se concretize uma igualdade material, e a inserção da pessoa humana no centro da ordem jurídica.

Nesse cenário, alarga-se o papel do Estado, e, por conseguinte, do Judiciário. Os magistrados passam a se deparar com novos tipos de conflitos, que não mais se resumem aos interesses individuais. Agora é preciso conciliar tais interesses com os direitos da coletividade, o que exige do julgador um “novo padrão de racionalidade, de natureza essencialmente material ou substantiva”⁶³, distinto dos limites estritos da codificação liberal.

Assim, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário passa a assumir o papel de um intérprete que põe em evidência a vontade geral implícita nos textos constitucionais, devendo assumir uma postura intervencionista⁶⁴, fundamental nas sociedades democráticas atuais.

Esse maior ativismo judicial é favorecido pela própria estrutura normativa da Constituição, que ao definir fins e objetivos para o Estado e a sociedade, incorporando princípios e valores, viabiliza uma atuação judicial que se socorre de novos parâmetros interpretativos para a concretização das aspirações sociais.

Dentre as causas que têm contribuído para a ampliação do papel do Judiciário na atualidade, ganham destaque o fenômeno da normatização de direitos de natureza coletiva e difusa; a edição de constituições democráticas; a preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a própria magistratura e o Ministério Público; a defesa do compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular⁶⁵.

O julgador é chamado a dirimir conflitos distributivos sobre bens coletivos já existentes ou que deveriam ser criados. Como observa José Reinaldo de Lima Lopes⁶⁶, antes da criação da Ação Civil Pública (1985) e do Código de Defesa do Consumidor (1990), os direitos

⁶³ FARIA, José Eduardo. Ob. cit., 1994, p. 54.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. Ob. cit., 2004, p. 45 e 51.

⁶⁵ CITADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **ALCEU**. v. 5. n. 9. jul./dez, 2004, p. 106.

⁶⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Ob. cit., 2006, p. 229-241.

sociais não eram propriamente objeto de processo judicial. Somente a partir daí o Judiciário passou a figurar como a instituição estatal onde certos problemas poderiam ser tornados públicos e solucionados.

Ainda segundo o autor, esses novos conflitos possuem um caráter multipolar ou plurilateral, onde o julgador tem uma função prospectiva, que não se resume ao exame de um caso passado (um delito, uma relação contratual já existente). Ao decidir casos de distribuição o juiz não se limita a dizer o que é legal ou ilegal, lícito ou ilícito, mas deve também se posicionar acerca do que pode ser melhor ou pior no futuro, no curto, no médio, no longo prazo.

No plano da concretização dos direitos sociais, o Judiciário tanto intervém para fazer cumprir políticas públicas que já foram criadas pelo Executivo ou pelo Legislativo, quanto para aferir a compatibilidade desses programas com a ordem jurídica, o que inclui o controle dos orçamentos públicos.

Embora *a priori* possa parecer que tais atribuições não se estendam à garantia dos direitos sociais em situações individualizadas, não se pode esquecer que esses direitos são de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva, como ressalta Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁷. É o indivíduo, em última análise, que possui direito à saúde, à educação, à moradia, a um meio ambiente saudável etc. Todos os direitos sociais podem ser reconduzidos a uma dimensão individual, o que não deve ser olvidado pelo julgador⁶⁸.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 425.

⁶⁸ Em recente decisão (Suspensão de Tutela Antecipada – STA n.º 91), a Presidente do Supremo Tribunal Federal entendeu que, ao assegurar o direito à saúde a Constituição Federal refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não em situações individualizadas. A decisão, entretanto, aparta-se dos princípios e valores insertos na ordem constitucional brasileira, sobretudo da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. Representa um retrocesso com relação a todo o desenvolvimento doutrinário dos direitos sociais, especialmente a garantia do mínimo existencial, a derrocada do argumento da reserva do possível, e a revisão do princípio da separação dos poderes.

Os direitos sociais tratam-se de verdadeiras imposições constitucionais que legitimam o Judiciário a adotar as medidas necessárias à sua implementação, notadamente em se tratando de uma sociedade que não está preparada para influenciar na vontade política. Cresce, dessa forma, a responsabilidade dos integrantes do Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, especialmente as que possuem alta carga valorativa e ideológica⁶⁹.

Assim, movem-se as fronteiras acerca da atuação dos magistrados frente aos demais poderes, fenômeno que adquire cada vez mais relevância.

Nesta senda, o Judiciário atua como guardião da Constituição diante das decisões políticas, funcionando como árbitro dos conflitos em torno do alcance e limites do poder político⁷⁰, o que se realiza através do controle de constitucionalidade e da intervenção judicial em questões outrora tidas como não justiciáveis.

Não se espera, com isso, uma explosão de litigiosidade ou uma representação do Judiciário com contornos de veneração religiosa, como verbera Ingeborg Maus⁷¹, mas o reconhecimento da legitimidade da atuação do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais.

Para tanto, o julgador não pode mais ser visto como a boca inanimada que deveria limitar-se a pronunciar a palavra da lei, em decorrência da sua subordinação às decisões políticas dos demais poderes.

⁶⁹ KRELL, Andreas Joachim. Ob. cit., 2002, p. 70.

⁷⁰ ANSOLABEHERE, Karina. Jueces, Política y Derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia. **Isonomía**, n. 22. Abril, 2005, p. 39.

⁷¹ MAUS, Ingeborg. Ob. cit., 2000, p. 126. [...]À primeira vista o crescimento do Judiciário no século XX revela as características tradicionais da imagem do pai. Para a autora, não se trataria simplesmente do crescimento na ampliação objetiva das funções judiciais através do aumento do poder de interpretação, da crescente disposição de litigar ou da consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, pois esse crescimento seria acompanhado por uma representação da justiça por parte da população, que ganha contornos de veneração religiosa.

Emerge, então, a figura do juiz intérprete, que não está adstrito a decifrar o significado da norma desde o ponto de vista literal ou da vontade do legislador, devendo conformá-la às necessidades sociais.

Como bem adverte Michele Taruffo⁷², ao realizar esta função o juiz exerce um papel fundamentalmente político, pois com frequência toma decisões que interferem em determinados componentes econômicos, estabelecem a distribuição da riqueza, e garantem a efetivação dos direitos fundamentais. Não se trata aqui do conceito abstrato de política como atividade, mas de poder político.

O Judiciário atua como árbitro entre poderes políticos, entre poder político e cidadania, assim como para controlar as decisões políticas, no sentido de sua compatibilidade com a Constituição⁷³.

Contudo, essa maior amplitude do poder judicial não deve ser entendida como uma atuação ilimitada e arbitrária. As decisões judiciais devem ser controláveis, havendo proporcionalidade entre intervenção judicial e ambiente funcional de titularidade administrativa.

Ao realizar a sua função de garantia da concretização dos direitos fundamentais sociais, o Judiciário não pode perder de vista as características peculiares de tais direitos, sobretudo por se realizarem necessariamente através de decisões políticas que exigem uma capacidade técnica para a sua implementação.

Essa expansão da atividade judicial deve ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de maneira compatível com as bases da democracia constitucional: garantia dos direitos dos cidadãos e da soberania popular. Ela não significa um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas, e por isso não denota qualquer incompatibilidade com o regime político democrático⁷⁴.

A aplicação dos direitos fundamentais sociais exige um campo de atuação judicial mais amplo e diversificado, o que não implica uma atribuição de poderes irrestritos aos juízes. A atividade do magistrado deve orientar-se pelo princípio da proporcionalidade, que se traduz em

⁷² TARUFFO, Michele. Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica. **Isonomía**, n. 22. Abril, 2005, p. 15.

⁷³ ANSOLABEHERE, Karina. Ob. Cit., 2005, p. 40.

⁷⁴ CITADINO, Gisele. Ob. cit., 2004, p. 106/107.

uma pauta de análise da correlação entre os fins visados e os meios empregados para atingi-lo, “confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso”⁷⁵, e a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo.

Além de decorrência lógica do princípio da supremacia da Constituição, a persecução do fim constitucionalmente legítimo, ao impor que o intérprete esteja vinculado à ordem jurídica constitucional, afasta a idéia de arbitrariedade e de violação ao princípio da separação dos poderes, pois a atuação judicial somente será proporcional e, por conseguinte, legítima, se adequada ou idônea à consecução dos fins perseguidos pela Constituição.

Assim, embora seja logicamente impossível o emprego de parâmetros matemáticos e estáticos para a solução de casos que envolvam a concretização dos direitos fundamentais sociais (bem como de qualquer problema jurídico), é possível o estabelecimento de parâmetros que visam a orientar o trabalho do intérprete, minorando o grau de subjetivismo e ampliando o grau de segurança jurídica, refletido na maior previsibilidade dos resultados.

Por mais que se sofisticem as objeções à justiciabilidade dos direitos sociais, nenhum argumento pode superar a necessidade de concretização material da Constituição e a garantia de uma existência digna, somente consolidadas com a efetividade desses direitos.

4. Conclusão

O direito do Estado social impõe que seus institutos sejam dirigidos à promoção da justiça social, da garantia da dignidade da pessoa humana, da igualdade material, da solidariedade, da observância dos aspectos axiológicos, e da superação dos rigores do formalismo tradicional.

O foco sai do indivíduo-proprietário e chega ao indivíduo-pessoa. Percebeu-se que enquanto a liberdade era concebida apenas como liberdade de mercado e de propriedade; e a igualdade cingia-se à percepção de tratamento igualitário perante a lei, desenvolvia-se uma sociedade de massa, materialmente desigual, desprovida de direitos que consolidassem os anseios sociais.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., 2006, p. 393.

O presente estudo buscou demonstrar que a compreensão do direito desenvolvida no estado liberal não mais se sustenta, não sendo adequada para explicar as novas bases de institutos jurídicos que têm passado por transformações diante das exigências sociais.

Assim, um estudo acerca justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, em um contexto de exame das transformações do direito e do Estado, permite concluir que:

a) diante da desigualdade de fato existente no ambiente social, o Estado é chamado a prover os meios necessários à instauração de uma igualdade material, possível através da efetividade dos direitos sociais, que se constituem em exigências de garantia das condições mínimas para uma existência digna;

b) a distinção entre direitos negativos e positivos não é estanque, e não pode ser utilizada para afastar o caráter vinculante dos direitos sociais, pois, conquanto estes gerem tipicamente expectativas positivas, não deixam de criar expectativas negativas, de maneira que a diferença entre os direitos de primeira e segunda dimensão é apenas de grau, e não de estrutura. Assim, tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos sociais devem ser entendidos como um complexo de obrigações positivas e negativas por parte do Estado;

c) embora os direitos sociais possuam uma dimensão econômica relevante, tal característica não pode ser utilizada como barreira à sua justiciabilidade, pois esta não se trata de característica exclusiva dos direitos sociais;

d) o Estado não possui a faculdade de escolher se implementa ou não políticas públicas para a realização dos direitos sociais, pois o dever de concretizar esses direitos já se constitui numa autolimitação da discricionariedade administrativa, razão pela qual as disposições orçamentárias devem priorizar a efetivação dos direitos sociais;

e) ainda que alguns direitos sociais sejam manifestamente de expressão coletiva, é o indivíduo, em última análise, que possui a titularidade desses direitos;

f) muito embora a estrutura do Poder Judiciário seja tradicionalmente inadequada para dispor sobre recursos ou planejar políticas públicas, funções precipuamente atribuídas ao Executivo e ao

Legislativo, é imprescindível a atuação judicial diante da inércia desses poderes;

g) os direitos sociais se constituem em imposições constitucionais que legitimam o Judiciário a adotar as medidas necessárias à sua implementação.

A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE CONCESSÃO ESPECIAL AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS

Elisa de Carvalho Salgueiro Silva

Assistente de Promotoria. Graduada pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O novo contexto administrativo-contratual. 3. A parceria público-privada como contrato administrativo. 4. Compatibilidade entre a arbitragem e o contrato de concessão especial (parceria público-privada). 5. Conclusão.

1. Introdução

A arbitragem no Brasil, nasceu com o direito internacional, como forma de dirimir controvérsias surgidas no âmbito do comércio internacional, em que se permite que o Estado brasileiro se submeta às decisões de um terceiro imparcial, o árbitro, que decidirá com base no procedimento arbitral estabelecido pelas partes.

No campo do direito interno, apesar de a arbitragem ainda não fazer parte da cultura os brasileiros em tema de resolução de conflitos, a doutrina pátria festejou a chegada, em 1996, da Lei no. 9.307, de 23 de setembro, especialmente dedicada à regulamentação do instituto. Os autores a consideram marco evolutivo da legislação brasileira, já que nosso país se ressentia de grande atraso em relação à comunidade das nações mais desenvolvidas.

Atualmente, por força do movimento feito em prol do aumento do acesso da população à justiça, consistente na chamada “primeira onda renovatória” do Direito Processual (bastante estudado por Mauro Cappelletti em diversos trabalhos) o Poder Judiciário encontra-se extremamente assoberbado de trabalho, o que tem comprometido a qualidade da prestação jurisdicional. A enorme quantidade de ações, além de afetar a qualidade das decisões, emperra o desenvolvimento da atividade jurisdicional, comprometendo, também, a observância do princípio da celeridade processual. Por consequência, as decisões

passam a ser inoportunas, pois o tempo decorrido entre o início da controvérsia e a solução apresentada muitas vezes faz desaparecer o sentido da decisão.

Nessa linha, a arbitragem surge como alternativa ao Poder Judiciário, com grandes chances de se mostrar meio mais eficiente de solução de conflitos, principalmente no que diz respeito à pacificação social (um dos principais escopos da jurisdição), uma vez que, as partes, ao escolherem uma pessoa de confiança para decidir por elas o conflito, já demonstram predisposição de se conformarem com a decisão apresentada. Além disso, com a diminuição da quantidade de trabalho do Poder Judiciário, haverá a melhora na qualidade da prestação jurisdicional, já que lhe ficarão reservadas as questões em que sua participação é essencial e os juízes poderão decidir mais rapidamente e, provavelmente, com mais acerto.

Na esfera do direito administrativo, a utilização da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias encontra mais resistência ainda, frente à defesa, pela Administração, de interesses públicos. Discute-se sobre a capacidade de as pessoas jurídicas de direito público convencionarem arbitragem e do objeto do litígio nesses casos, eis que interesses públicos são reconhecidamente indisponíveis, o que inviabilizaria, à primeira vista, a opção pela arbitragem.

Demonstraremos que o uso da arbitragem para dirimir controvérsias surgidas no contexto das parcerias público-privadas é plenamente viável; primeiro porque as pessoas políticas têm capacidade para contratar e, portanto, para convencionar arbitragem, em seguida, porque o objeto a ser dirimido pela arbitragem não será o direito público primário (este sim, indisponível), mas o interesse público secundário, aquele do Estado como pessoa possuidora de interesses próprios. Veremos que o contrato administrativo é formado por *cláusulas regulamentares*, que conferem prerrogativas à Administração, garantindo a supremacia do interesse público sobre o privado (e, portanto, resguardando o interesse público primário) e *cláusulas contratuais*, aquelas que tratam da parte econômica do contrato administrativo (remuneração do particular e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato). Sobre estas últimas, cujo conteúdo cuida de interesse público secundário, haverá possibilidade do uso da arbitragem para dirimir eventual conflito.

Defendemos que questões sobre valores, juros, forma de pagamento ou de execução do contrato firmado pela parceria público-privada podem ser dirimidas pela arbitragem, mantendo incólumes as decisões de políticas públicas, verdadeiras manifestações do interesse público primário – indisponível. Além disso, demonstraremos que também o princípio da legalidade, norte da atividade administrativa, é atendido na opção pela arbitragem.

O que reforça nossa tese é a visão, cada vez mais crescente, de que, em se tratando de contratos firmados entre a Administração Pública e o particular deve haver maior aproximação entre o regime jurídico administrativo e o regime jurídico de direito privado, como forma, até mesmo de realização mais efetiva do interesse público.

Não se pode deixar de perceber que, mormente com o desenvolvimento tecnológico e com a rapidez das mudanças ocorridas em todo o mundo, as necessidades que se caracterizam como públicas são cada vez maiores, exigindo da Administração Pública soluções rápidas e ações bastante arrojadas para atender o interesse público. Diante disso, fica patente a demanda por vultosos investimentos e a necessidade do emprego de conhecimento técnico muito específico, que a Administração, por si só, não é capaz de adquirir em tempo reduzido ou, principalmente, não é viável ao ente público investir na aquisição do conhecimento e, ainda, em sua aplicação para atendimento das necessidades públicas.

Nesse contexto é que surgem os contratos administrativos de concessão especial (parcerias público-privadas), regidos pela lei 11.079/04, cujas disposições já sinalizam para a nova visão do direito administrativo e, especificamente, dos contratos administrativos, que prioriza a realização de princípios contratuais antes restritos ao direito privado, tais como a igualdade, boa-fé, justiça, lealdade contratual e do respeito aos compromissos recíprocos das partes, que, em verdade, permitem o maior equilíbrio entre as partes contratantes.

Assim é que, em meio a essa a nova dinâmica, eventuais litígios surgidos na execução dos contratos firmados entre o particular e a Administração, por meio de parceria público-privada, precisam, tal como esta em relação às novéis necessidades da população, ser resolvidos de maneira rápida e eficiente, a fim de que o interesse público seja prontamente atendido e as partes contratantes (sobretudo o

particular) tenham assegurado o equilíbrio contratual estabelecido no momento em que firmado o contrato.

Nessa linha, surge a arbitragem como meio de solução de controvérsia alternativo ao Poder Judiciário, regulamentado pela Lei 9.307/96. Acreditamos que a criação da cultura da arbitragem no Brasil terá reflexo no aumento da qualidade da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário e servirá como efetivo meio de pacificação social, de forma que se espera que o presente trabalho possa contribuir para esse movimento, alcançando os objetivos almejados.

2. O Novo Contexto Administrativo-contratual

O Direito, como ciência humana, acompanha as mudanças históricas e do contexto social. Não é diferente com o Direito Administrativo, que tem sofrido diversas alterações com o decurso do tempo, sobretudo diante da evolução das concepções e conformações dos Estados.

A principal modificação verificada nos últimos tempos refere-se à forma do Estado e, por consequência, a conformação do Direito Administrativo, já que este reflete a constituição do Estado (com “c” minúsculo, no sentido mais semântico e menos técnico-jurídico da palavra), regulamentando, através da legislação infraconstitucional, as disposições da Carta Maior.

Nesse sentido e seguindo tendência vislumbrada em outros países, vem crescendo no Brasil a ideia de um Estado que busca maior participação da iniciativa privada e diminui a relação verticalizada e autoritária entre esta e a Administração Pública. Diante das crises financeiras sofridas principalmente pelos países da América Latina, verificou-se o aumento das necessidades da sociedade e, de maneira contrária, a redução das possibilidades de investimento. Por conta disso, o Estado tem sentido necessidade de “se aliar” ao particular (detentor de tecnologia e conhecimento aptos à realização de obras e serviços de maneira eficiente), propondo que ele ocupe a posição de *colaborador*, e a Administração Pública “paga dinheiro ou transfere possibilidades de atuações a ela reservadas em troca de bens ou de serviços que busca e que recebe”..¹

¹ FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Curso de Derecho Administrativo**. 9 ed. Madrid: Civitas, v. 1, 1999, p. 660. *Apud* JUSTINO, Gustavo Henrique. A arbitragem e as parcerias Público-Privadas.

Essa concepção guarda relação estreita, até mesmo, com as conhecidas mudanças no perfil do próprio Estado. De um Estado Social que, contrapondo-se ao Estado Liberal (mínimo), assumiu a quase totalidade das prestações diretas dos serviços públicos, passou-se a um Estado que se utiliza, com mais frequência, da delegação da prestação dos serviços aos particulares, limitando-se à regulação e fiscalização das atividades. A crescente demanda por alocação prioritária de recursos públicos na implementação de políticas sociais (saúde, educação e segurança pública), coligada à necessidade de investimentos em infraestrutura, peça fundamental para o crescimento econômico sustentável, vê-se reprimida diante do esgotamento das fontes de recursos públicos. Impõe-se ao Estado contemporâneo o desempenho de um novo papel: abandona-se a noção de protagonista absoluto do desenvolvimento econômico e social e surge a personagem copartícipe na prestação dos serviços públicos em associação com o setor privado.

Cássio Telles Ferreira Netto², seguindo ideia já defendida por Gustavo Henrique Justino de Oliveira³ explica que

O moderno Direito Administrativo participativo é aquele que valoriza o princípio da cidadania e aproxima o Estado de seus administrados, colocando-os como colaboradores privilegiados para a consecução do interesse público. Desta forma, a Administração abandona a sua vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à conduta administrativa.

Dentro dessa nova ideia de contratualização administrativa inclui a formação de uma relação mais paritária entre a Administração Pública e o particular, o que se dá com a aproximação entre o direito público e o privado, privilegiando-se o equilíbrio de interesses entre as partes e

Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, mai-jun-jul. 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 de agosto de 2009.

² FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Contratos Administrativos e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.31.

³ JUSTINO, Gustavo Henrique. (2005), A arbitragem e as parcerias Público-Privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, mai-jun-jul. 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 de agosto de 2009.

princípios jurídicos como igualdade, legalidade, boa-fé, justiça, lealdade contratual, do respeito aos compromissos recíprocos das partes, entre outros, sempre muito difundidos nas relações privadas, como acorda Selma Lemes.⁴ Objetiva-se, na realidade, a diminuição do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço; a flexibilização da maneira de atuação da Administração (tradicionalmente bastante rígida), a fim de que seja alcançada, de forma mais efetiva, a eficiência; enfim, exemplifica Maria Sylvia Zanella Di Pietro “quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada.”⁵

Essas ideias tomaram forma no Brasil a partir da Reforma Administrativa e do programa de privatizações, bastante difundido no governo de Fernando Henrique Cardoso. A privatização, em poucas palavras, significou a redução da atividade pública com a transferência dessa função para a iniciativa privada.

Verifica-se uma privatização de atividades estatais e uma **fuga crescente do direito administrativo, com suas fórmulas rígidas tradicionais e a busca do direito privado** que, por ser utilizado pela Administração Pública, acaba se mesclando com o direito administrativo, ficando a meio caminho entre o público e o privado (grifos não existentes no original).⁶

Dentro desse novo contexto, surgem as parcerias público-privadas, que apresentam como mais uma alternativa para que o Poder Público obtenha do setor privado recursos e parâmetros para sua gestão, unindo esforços no intuito de executar atividades estatais. O contrato de parceria público-privada, firmado dentro desse novo contexto administrativo – de flexibilização da rígida e tradicional forma de atuação da Administração, possibilita o respeito às prerrogativas da Administração Pública e privilegia, ao mesmo tempo, a autonomia da vontade das partes, aproximando direito público e privado.

⁴ LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos-Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?** Palestra proferida na reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAR, São Paulo, em 06 de maio de 2003.

⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.2.

⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Ob cit., 2008, p. 7.

As parcerias público-privadas podem significar uma forma de privatização, isso porque

todas essas formas de concessão constituem instrumentos de que o poder público pode utilizar-se para diminuir o tamanho do Estado, pela transferência de atribuições estatais para o setor privado. (...) Quer-se substituir a Administração Pública, direta ou indireta, no exercício de algumas funções administrativas do Estado, pela empresa privada, com isto diminuindo-se o tamanho do aparelhamento administrativo e, pretensamente, aumentando a eficiência, além de tentar enfrentar a crise financeira do Estado.⁷

O marco do programa de desestatização, iniciado em 1990, foi a edição da Lei 8.987/95, que regulamentou o regime geral de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, seguida das leis que criaram as agências reguladoras de atividades específicas (ANEEL em 1996, ANATEL e ANP em 1997, ANTT E ANTAQ em 2001 e ANAC em 2005). Na linha preconizada pela Reforma Administrativa, o Estado desonerou-se da função de executor dos serviços públicos, de que não deixou de ser o titular, e assumiu o papel de regulador e fiscal da exploração dessas atividades econômicas por concessionários privados.

Mantendo o objetivo de diminuição do Estado e aumento da colaboração do particular na prestação de serviços públicos, em 2004 é promulgada a Lei 11.079, instituindo normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, fazendo previsão do emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato, materializando a tão mencionada aproximação entre o direito público e o privado.

3. A parceria público-privada como contrato administrativo

O direito brasileiro, antes da lei que criou as parcerias público-privadas, já previa contratos de concessão de serviço público através da Lei 8.987/95, a qual, como dito, é marco regulatório do programa de desestatização no Brasil.

Oportuna a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando conceitua concessão de serviço público como

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. cit., 2008, p. 67.

o instrumento através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que o aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta a risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas dos usuários do serviço.⁸

A Lei 8.987/95 regula as chamadas *concessões comuns*, que comportam as modalidades de concessões de serviços públicos simples e concessões de serviços públicos precedidas de execução de obra pública, e têm como característica principal o fato de o concessionário ser remunerado pelas tarifas cobradas dos usuários, sem que o poder concedente ofereça qualquer contrapartida.⁹

A distinção entre *concessões comuns* e *concessões especiais* surgiu com o advento da Lei 11.079/04, que instituiu as parcerias público-privadas, para diferenciar aquelas (em que não há contraprestação do poder concedente), deste novo instituto, cuja particularidade é, exatamente, a contrapartida oferecida pelo poder público. A diferença é apontada pela própria lei no parágrafo 3º do art. 2º:

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (grifo nosso).

Apesar da distinção, a própria Lei 11.079/04 estabelece, por meio de seu art. 3º, que se deve aplicar subsidiariamente a lei 8.987/95 às parcerias público-privadas, as quais também devem observar a Lei 8.666/93 em tudo que não a contrariar.

No Brasil, as parcerias público-privadas surgiram a partir de experiências bem sucedidas em outros ordenamentos jurídicos, tais como os de Portugal, Espanha, Inglaterra, Irlanda e África do Sul em

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. ref. amp. e atual. até a Emenda Constitucional 35, de 20.12.2001. São Paulo, Malheiros, 2002, p.631.

⁹ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20. ed. rev., ampl. e atual. até 15/07/2008, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2008.

que o Poder Público, ante a falta de disponibilidade de recursos financeiros, passou a contratar o particular a fim de aproveitar a eficiência da gestão própria do setor privado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Ob. cit., 2008, p.142), citando trecho das justificativas que acompanharam o projeto de lei, acrescenta que a contratação por meio das parcerias público-privadas, “no caso do Brasil, representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado”.

Sob o aspecto rigorosamente técnico, sabemos que às leis não é dado conceituar institutos jurídicos, devendo cingir-se a criar o direito positivo ao regular as situações fáticas relevantes para o mundo jurídico. A Lei 11.079/04, todavia, conceitua parceria público-privada e suas modalidades no art. 2º:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Vê-se, portanto, que o termo “parceria público-privada” abarca duas modalidades de contrato administrativo de concessão: a *concessão patrocinada* e a *concessão administrativa*. Na concessão patrocinada, a remuneração do concessionário advém tanto da tarifa cobrada do usuário do serviço, quanto da contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado; já na concessão administrativa, o concessionário é remunerado exclusivamente pela contraprestação do poder público concedente, sem que haja cobrança de tarifa.

É importante notar que, qualquer que seja a modalidade de parceria público-privada, sempre estará se tratando de um contrato administrativo de concessão; e, como tal, possui todas as características inerentes ao contrato administrativo, tais como prerrogativas públicas da Administração, presença de cláusulas exorbitantes, natureza *intuito*

persone, natureza de contrato de adesão, obediência à forma prescrita em lei e ao procedimento legal entre outras, todas abordadas nas *cláusulas regulamentares*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008), tratando da concessão de serviços públicos e aderindo às lições dos autores franceses George Vedel e Pierre Delvolvé, realça dois aspectos antitéticos do contrato de concessão, que devem aqui ser ressaltados para aclarar, ainda mais, a possibilidade de utilização da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsia nesse tipo de contrato. Para nós, referidos aspectos, que conformam o contrato de concessão, reafirmam a total harmonia entre a arbitragem e o direito administrativo, sobretudo no que se refere aos contratos de concessão especial – como se verá a seguir.

Para os mencionados autores (*idem, ibidem*), a teoria geral dos contratos de concessão estaria firmada sobre o equilíbrio que deve haver entre duas ideias que, apesar de ontologicamente opostas, estão presentes nos contratos de concessão: de um lado, o serviço público que deve se pautar pelo interesse geral e pela autoridade da Administração; de outro, está a empresa privada, capitalista, informada pela noção de lucro e do máximo proveito possível. Disso resulta que, sob o primeiro aspecto, o contrato administrativo deve conter cláusulas regulamentares; outorga de prerrogativas públicas ao concessionário; sujeição aos princípios inerentes à prestação de serviço público (continuidade, mutabilidade, igualdade dos usuários etc); reconhecimento de poderes à Administração (de fiscalizar, de aplicar penalidades, de intervenção), entre outras características que lhe dão forma de contrato administrativo, com prerrogativas para a Administração. Sob o segundo aspecto, há a natureza contratual da concessão de serviço público e o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Observe-se que essa noção do contrato administrativo de concessão coaduna-se com o que defendemos: de que nessa espécie de contrato firmado entre a Administração e o particular, há cláusulas regulamentares (quase mera repetição do que está na lei, sem margem a negociações), as quais mantêm a Administração em sua posição de supremacia e de busca pelo interesse público primário; e cláusulas contratuais (verdadeiramente contratuais), que garantem ao particular contratado a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro havido no início do contrato (da relação custo-benefício estabelecida no momento da celebração do contrato).

A própria Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na linha de Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho e confirmando a ideias defendidas diz (Ob. cit., p.77):

Daí também o fato de ser esse equilíbrio estabelecido por meio de cláusulas contratuais, que não podem ser unilateralmente alteradas pela Administração. Trata-se das chamadas **cláusulas financeiras**, que compreendem as referentes à tarifa e outras fontes de receita, além de qualquer outra que possa dizer respeito ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão (grifo presente no original).

E sobre a presença de cláusulas regulamentares, disciplinadas unilateralmente pela Administração em seu papel de zelar pelo interesse público primário, indisponível, afirma (*idem, ibidem*):

Tudo o que diz respeito à organização do serviço é fixado unilateralmente pelo Poder Público e pode ser alterado também unilateralmente para adaptação às necessidades impostas em benefício do interesse público. **Essa parte [...] impõe-se ao particular não tanto como decorrência do contrato, mas por tratar-se de normas que decorrem do poder regulamentar da Administração.** [...] Consta das chamadas **cláusulas regulamentares** do contrato de concessão. Elas definem o objeto, a forma de execução, a fiscalização, os direitos e deveres das partes, as hipóteses de rescisão, as penalidades, os direitos dos usuários etc. (primeiro destaque, nosso; segundo, da autora)

Nesse sentido, surgindo algum litígio no âmbito do contrato administrativo de concessão especial, se versar sobre o conteúdo das cláusulas regulamentares, num primeiro momento, a Administração é quem deverá determinar o que será feito, já que, pelo menos em tese, está a defender o interesse público primário e se encontra em posição de supremacia frente ao particular. Se, ainda assim, o particular contratado discordar do posicionamento tomado pelo Poder Público, poderá acionar o Poder Judiciário para dirimir a questão, já que afeita a interesse público primário e, portanto, indisponível. Por outro lado, se o conflito surgir de questões ligadas às cláusulas contratuais (financeiras) e, portanto, ao direito de manter o equilíbrio econômico-financeiro, não há óbice a que seja levado para ser decidido por um terceiro, estranho à relação, por meio da arbitragem, eis que não estará em xeque o interesse público primário (indisponível). Note-se que o equilíbrio econômico-financeiro é uma garantia conferida ao particular, por meio das

cláusulas contratuais, e não se presta à defesa do interesse público, mas tão só a conservar a vantagem contratual que atraiu o particular a fazer o acordo, razão pela qual se mostra cabível o uso da arbitragem como meio alternativo à solução de controvérsias surgidas nesse âmbito.

Passemos, então, a analisar, de forma pormenorizada, as razões pelas quais há perfeita compatibilidade entre a arbitragem e os contratos de concessão especial (parceria público-privadas).

4. Compatibilidade entre a arbitragem e o contrato administrativo de concessão especial (parceria público-privada)

Tratando-se da discussão sobre a possibilidade do uso da arbitragem para dirimir conflitos envolvendo pessoas jurídicas de direito público, os principais entraves apresentados pelos autores que se posicionam de maneira contrária são: (a) a indisponibilidade do interesse público e (b) o princípio da legalidade.

A indisponibilidade do interesse público significa que a Administração não tem a livre disposição dos interesses que são de toda a coletividade (públicos, portanto). Os interesses da coletividade são inapropriáveis; e nem mesmo o órgão administrativo que os representa tem disponibilidade sobre eles porque sua função restringe-se, apenas, a uma espécie de curadoria (MELLO, 2002). À Administração cabe gerir e conservar os bens e interesses públicos em benefício da coletividade, já que atua em nome de terceiro, desempenhando uma função. Decorre disso que a alienação dos bens públicos deve observar a forma disposta em lei e os contratos administrativos precisam, em regra, ser precedidos de licitação, a fim de que seja selecionada a proposta mais vantajosa.

Já o princípio da legalidade subordina a atividade administrativa à lei, de forma que a Administração, ao contrário dos particulares, que podem fazer tudo o que a lei não proíbe, só está autorizada a agir de acordo com o que estiver previsto em lei. Isso ocorre porque o administrador está sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, não podendo deles se afastar. Além disso, o princípio da legalidade deve ser entendido de maneira ampla, para situar a atuação administrativa dentro de todo o ordenamento jurídico, que dá respaldo às atividades da Administração. “Em suma, a lei, ou, mais precisamente, o sistema legal, é o fundamento jurídico de toda e qualquer ação administrativa” (Cf. MELLO, 2002, p. 48).

No âmbito da arbitragem, os autores que entendem o princípio da indisponibilidade dos interesses e bens públicos como entrave à utilização do meio alternativo à solução de controvérsia o fazem sob o argumento de que essa indisponibilidade impediria a Administração de submeter a resolução do conflito a um terceiro, o árbitro, que não estaria apto a decidir questões de direito público.

Ocorre que, em se tratando de contratos administrativos de concessão especial, defendemos que somente as controvérsias relativas às cláusulas verdadeiramente contratuais podem ser submetidas à arbitragem, já que elas não cuidam de interesse público primário, mas secundário. Na verdade, as cláusulas contratuais versam sobre questões econômico-financeiras e a defesa da Administração para obter vantagem em discussões relativas a esse conteúdo é indevida, já que estará buscando garantir o os interesses que lhe são particulares, individuais, na medida em que, tanto quanto as demais pessoas, possuem interesses decorrentes do fato de existirem como pessoa jurídica.

Em sendo assim, nada impede, sob o ponto de vista da indisponibilidade dos bens e interesses públicos, a que a Administração convencie arbitragem para dirimir os conflitos surgidos no âmbito dos contratos administrativos de concessão especial, já que não estará se tratando de interesse público primário (indisponível).

Além disso, a própria Lei de Arbitragem (nº 9.307/96), em seu artigo 25, prevê que, sobrevindo, no curso da arbitragem, controvérsia acerca de direitos indisponíveis, o árbitro deverá remeter as partes ao Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. Vejamos a literalidade do mencionado artigo:

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Vê-se, portanto, que o sistema já considerou que somente controvérsia relativa a direitos disponíveis serão submetidos à arbitragem (inclusive quando a controvérsia surgir em meio a um contrato administrativo de concessão especial); e se sobrevier litígio que envolva direitos indisponíveis, deverá ser levado ao Poder Judiciário, único competente para decidir a causa.

Note-se que se a controvérsia advinda do contrato administrativo de concessão especial for referente às cláusulas regulamentares (que tratam do interesse público primário – indisponível), somente o Poder Judiciário poderá decidi-la. Ou, na hipótese de já se ter dado início a procedimento arbitral para decidir questão relativa às cláusulas contratuais e precisar ser dirimida controvérsia referente às cláusulas regulamentares, deve-se observar o disposto no art. 25 da Lei de Arbitragem: suspende-se o procedimento arbitral e submete-se a questão ao Poder Judiciário.

Nesse mesmo sentido, Moreira Neto ¹⁰ defende que, inexistindo disputa sobre direitos indisponíveis, não há óbice à instituição da arbitragem para resolver conflitos patrimoniais que envolvam direitos do Estado e demais pessoas administrativas, ressaltando mais à frente (*ibidem*, p. 89) que, em alguns casos, a arbitragem não só é cabível como recomendável:

[...] há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem não é apenas *aceitável*, porém, mais que isso, é *recomendável* como alternativa ao litígio judicial. E neste ponto reside a inovação oportuna e modernizadora introduzida pelo legislador brasileiro.

Tratando da arbitragem nos contratos administrativos, Caio Tácito destaca que:

quando se trata tão-somente de cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, não faz sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado ou ao benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante. A convenção de arbitragem será, em tais casos, caminho aberto a que, pelo acordo de vontades, se possa alcançar a plena eficácia da relação contratual. ¹¹

Portanto, a indisponibilidade do interesse público não se mostra como entrave à utilização da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsia nos contratos administrativos de concessão especial.

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.. 209, p. 81-90, jul./set., 1997.

¹¹ TÁCITO, Caio. Arbitragem nos Litígios Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 111-115, jul./set., 1997.

Passemos, agora, à análise do segundo principal entrave apresentado pela doutrina – o princípio da legalidade.

Como cediço, à Administração somente é permitido fazer o que está estritamente previsto na lei, regra que, para alguns autores seria impedimento ao uso da arbitragem nos contratos administrativos, já que, nem na Constituição Federal, nem na legislação infraconstitucional há dispositivo expreso autorizando a Administração a convencionar arbitragem.

Contra isso, autores como Cássio Telles Ferreira Netto (Ob.cit., 2008) afirmam que, tão só o fato de as pessoas jurídicas de direito público terem personalidade jurídica e estarem aptas a contratar já seria o permissivo legal à convencionar arbitragem, pois o art. 1º da Lei de Arbitragem prevê que “*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”.

Entretanto, para nós, mais do que a capacidade para contratar, entendemos que o uso da arbitragem nos contratos administrativos de concessão especial atende ao princípio da legalidade por outras previsões, mais concretas. Vários são os dispositivos legais a permitir a convenção de arbitragem à Administração.

Inicialmente, deve ser ressaltado o art. 54 da Lei 8.666/93 que regula os contratos administrativos de forma geral e tem aplicação subsidiária em qualquer contrato regulado especificamente por outra lei. O mencionado dispositivo reza que se aplicam, supletivamente, as disposições de direito privado aos contratos administrativos:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Além dele, temos o art. 79, II da mesma lei, cuja redação permite que a rescisão do contrato seja feita de forma amigável, por acordo entre as partes:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I – (...)

II – amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração.

Observe-se que a própria lei regulatória dos contratos administrativos permite a aplicação das disposições do direito privado a essas relações e, ademais, que a Administração e o particular contratado firmem acordo relativo ao desfazimento do contrato. Deve-se notar que qualquer acordo pressupõe concessões de ambas as partes, configurando uma espécie de transação, mas o dispositivo certamente não deve ser entendido como permissão para que a Administração transija acerca do interesse público primário: as concessões serão feitas sobre as cláusulas financeiras, a quantia a ser paga diante da rescisão, a forma de pagamento, entre outras situações que contemplem interesses públicos secundários.

Especificamente sobre os contratos de concessão, a Lei 8.987/95, por força do art. 3º da Lei 11.079/04, prevê como cláusula essencial dos contratos de concessão a relativa ao modo amigável de solução das divergências contratuais:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

(...)

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

E mais particularmente sobre os contratos de concessão especial (as parcerias público-privadas), a Lei 11.079/04 faz a previsão do uso da arbitragem no art. 11, III, remetendo aos termos da Lei de Arbitragem para regulá-la:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

(...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Desse modo, entendemos que o princípio da legalidade está plenamente atendido no tocante à utilização da arbitragem nos contratos administrativos de concessão especial e esse também parece ser, dentre outros, o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho:

Discutem os estudiosos atualmente sobre a possibilidade de o Poder Público recorrer à arbitragem para a solução de seus conflitos. A respeito do tema, tem dominado o entendimento de que a adoção desse instrumento não ofende os princípios da legalidade e da indisponibilidade dos bens públicos, desde que, é óbvio, procure a Administração alcançar providências de interesse público e que seus agentes não atuem com improbidade administrativa ou desvio de finalidade. Além do mais, a questão a ser deduzida no juízo arbitral deve ter **como preponderante o aspecto de patrimonialidade**, não incidindo sobre atos decorrentes do exercício de autoridade (grifos do autor).¹²

Disso tudo o que se percebe é que, aqueles que se posicionam contrariamente à utilização da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias no âmbito dos contratos administrativos de concessão especial parecem não ter notado que os maiores entraves apontados de fato não existem, pois o interesse público encontra-se plenamente protegido, já que a arbitragem recairá sempre sobre direitos patrimoniais do Estado, e também, está integralmente atendido o princípio da legalidade.

Ultrapassada essa questão legal e principiológica da matéria, deve-se atentar, ainda, para a total harmonia da utilização do instituto da arbitragem pelo Estado com o novo contexto econômico-contratual, sobressaindo-se como eficiente meio de solução de litígios frente às vantagens que oferece

Moreira Neto, sobre as bases de Cláudio Vianna de Lima, destaca excelências e vantagens da arbitragem, as quais passamos a reproduzir:

1. possibilita a intervenção de especialistas na matéria em litígio;
2. desafoga o Judiciário, resguardando-o para atuar nos litígios que lhe são próprios;
3. tende ao ideal da pronta justiça do caso;
4. promove uma justiça coexistencial, pois leva à obtenção de um consenso antes de uma condenação.¹³

Há outras características da arbitragem que se revelam verdadeiras vantagens sobre a submissão da decisão ao Poder

¹² CARVALHO FILHO, José Dos Santos (Ob. cit., 2008).

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Ob.cit., 1997, p. 82-83).

Judiciário, como as que apresenta Alexandre Freitas Câmara ao longo de sua obra. Inicialmente ressalta a possibilidade de a arbitragem atingir a verdadeira composição da lide, o que a imposição de uma sentença pelo Poder Judiciário raramente consegue:

A arbitragem se caracteriza por ser capaz de permitir uma verdadeira composição da lide, o que o exercício da função jurisdicional raramente é capaz de alcançar. Relembre-se que a lide não é um fenômeno jurídico, mas sociológico, consistente num conflito de interesses degenerado pela pretensão manifestada por uma das partes e pela resistência oposta pela parte contrária a essa pretensão. O exercício pelo Estado da jurisdição, ao contrário do que muitas vezes se diz, não é capaz (ou raramente o é) de compor as lides que são levadas ao conhecimento do Judiciário. Isto porque o drama do processo é um fator de acirramento de ânimos.¹⁴

Em seguida, destaca que a arbitragem possibilita a “imensa vantagem” da especialização do árbitro:

Basta pensar, por exemplo, numa arbitragem de equidade envolvendo conflito que diga respeito a uma questão de engenharia, ou química. A se levar tal lide ao Judiciário, o juiz fatalmente convocaria um perito no assunto para assessorá-lo, e dificilmente sua sentença teria orientação diversa, quanto aos fatos, daquela apontada pelo perito em seu laudo. Neste caso, com a arbitragem se poderá entregar a solução da controvérsia diretamente nas mãos do especialista, retirando-se da composição do conflito o juiz, que funcionaria aqui, em verdade, como um mero intermediário entre as partes e o *expert*.¹⁵

O mesmo autor enfatiza um aspecto pouco visto ou, pelo menos, de pouca adesão aos mais conservadores, que é a valorização do Poder Judiciário. Enquanto outros autores entendem que o crescimento do uso da arbitragem pode levar à desvalorização do Judiciário, Câmara aduz (Cf. p.49-50):

A arbitragem não retira nenhuma parcela do poder que exerce o Judiciário. Ao contrário, um dos objetivos da arbitragem é exatamente valorizar o Judiciário, que poderá exercer melhor e

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. (2009), **Arbitragem: Lei 9.307/96**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2009, p.8.

¹⁵ Ibidem, p. 19-20.

mais rapidamente suas funções, uma vez que a valorização dos meios paraestatais de solução dos conflitos diminuirá a imensa quantidade de processos jurisdicionais hoje existentes.

E segue considerando o prazo de seis meses, fixado na Lei de Arbitragem para o árbitro proferir seu laudo como fator de realização da celeridade processual (*ibidem* p. 102):

Este prazo, em comparação com a demora natural do processo jurisdicional, torna a arbitragem extremamente atraente, principalmente se for levado em conta que o mesmo poderá ser ainda reduzido por acordo entre as partes.

Afora todas essas considerações, Cláudio Vianna de Lima fala da integração do Brasil no Movimento Universal de Ampliação do Acesso à Justiça, o qual tem como um de seus objetivos a “reformulação do próprio processo, buscando a eficiência, a celeridade e a simplicidade das formas alternativas de justiça”, destacando a importância da Lei 9.307/96 nesse contexto e considerando-a um “importante passo para o Brasil deixar de décadas de atraso na matéria arbitral” (Ob. cit., 1997, RDA, p. 92).

Ainda sobre a especialidade do árbitro como vantagem da arbitragem, Cássio Telles Ferreira Netto (Ob.cit., 2008, p. 47) diz que o juiz nem sempre está preparado para decidir questões que envolvam conhecimento técnico, destacando:

com o ritmo da nova economia, certas controvérsias encontram cada vez mais dificuldade de resolução pelo Poder Judiciário, tendo em vista a necessidade imperativa de celeridade, o grau de conhecimento e nível de especialização requeridos sobre o assunto, por parte de quem solucionará o conflito. Como bem observou Reale, ‘tornam cada vez mais inseguros os julgamentos proferidos por juízes togados, por mais que estes, com a maior responsabilidade ética e cultural, procurem se inteirar dos valores técnicos em jogo’..¹⁶

5. Conclusão

Destarte, a utilização da arbitragem nos contratos administrativos de concessão especial, além de estar de pleno acordo com o

¹⁶ Trecho retirado de artigo: REALE, Miguel. “Privatização da Justiça”. In: **O Estado de S. Paulo**, 5/10/1999.

ordenamento jurídico, contribui para a superação da crise do Poder Judiciário e se revela como alternativa ao impasse da obstrução do acesso à justiça.

Nesses termos, espera-se, sinceramente, que os juristas e aplicadores do direito atentem para a plena possibilidade do uso da arbitragem nos contratos administrativos, diante da harmonia com o sistema jurídico administrativo, e, além disso, que a considerem como reflexo da adequação das contratualizações administrativas ao atual contexto econômico-financeiro em que se encontra inserido o Estado brasileiro. A arbitragem deve ser entendida, portanto, como uma boa alternativa à solução dos conflitos surgidos entre particulares e a Administração no bojo dos contratos administrativos.

A VELHICE SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Karina Nakai de Carvalho Barros

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas / Faculdade de Direito de Alagoas (UFAL/FDA).

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A velhice e as dimensões do fenômeno jurídico. 3. A problemática da juridicidade da velhice. 4. A eficácia da velhice como fato jurídico *stricto sensu*. 5. Conclusões.

1. Introdução

O envelhecimento populacional brasileiro é um fenômeno da contemporaneidade que, em razão da sua relevância e repercussões sociais, tem demandado maior atenção científica no sentido de encontrar as soluções cabíveis para os inúmeros desafios que apresenta.

Os desafios trazidos pelo fenômeno do envelhecimento populacional brasileiro têm diversas dimensões e dificuldades, imprimindo influência na gestão pública, sobretudo, nas políticas de seguridade social (saúde, previdência e assistência social, como políticas indissociáveis na implementação da proteção social no país), com interfaces na composição e organização da família, no consumo de bens e serviços, na transferência de capital e propriedades, nos tributos e no mercado de trabalho.

Estudos demográficos indicam que o número de idosos no Brasil aumenta de forma acelerada anualmente e este contingente populacional cada vez mais expressivo espelha o novo perfil da sociedade brasileira contemporânea que vai redimensionando o estereótipo de país jovem ou país de jovens. **Estas mudanças apontam para um número crescente de pessoas idosas, mas também para um número de anos cada vez maior que as pessoas, individualmente, vivem como velhos.**

O censo demográfico de 2000 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE constatou a existência, em nosso país, de um contingente de quase 15 milhões de pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, representando um total de 8,6% da população brasileira; e esse percentual não pára de crescer.

Conforme a Síntese de Indicadores Sociais 2004 do IBGE, do ano 2002 ao ano 2003, o número de idosos passou de 16 milhões para 16,7 milhões. Atualmente, esse número supera 19 milhões.

A questão do envelhecimento populacional tornou-se, portanto, uma realidade em nosso país. Segundo projeções demográficas, no ano 2025 o Brasil ocupará o 6º lugar no ranking mundial de população idosa, quando 15% de sua população, ou seja, 32 milhões de pessoas aproximadamente, terão 60 anos ou mais. Constatase, assim, quão acelerado está o processo do envelhecimento no Brasil.

Esses dados são importantes porque a mudança na distribuição etária de um país altera o perfil das políticas sociais, exigindo estratégias e implementação de benefícios, serviços, programas e projetos relacionados à promoção dos direitos humanos dos idosos, notadamente quando se tem em vista que significativa parcela desse segmento encontra-se em situação de abandono.

Diante dessa nova realidade demográfica, vê-se que necessária se tornou a análise da velhice, não apenas como tema afeto às questões biomédicas, mas também como objeto das ciências sócio jurídicas, já que o envelhecimento populacional é, sobretudo, um fenômeno social e, em razão de sua relevância e dos desafios que impõe ao Estado e à sociedade, interessa à Ciência Jurídica.

O Direito, como ciência voltada para as questões sociais relevantes, a fim de estabelecer-lhes regramento, considerou o fenômeno do envelhecimento populacional, para tutelar a velhice, em resposta às necessidades que o contingente humano dessa etapa etária vem demandando.

A Constituição Federal de 1988, considerada a mais avançada em matéria de direitos fundamentais, tanto em relação à amplitude do rol dos direitos e garantias que enuncia, quanto ao traço de efetividade que neles imprimiu, tratou a velhice como um desdobramento do direito à vida que precisa ser vivida com dignidade, considerando a pessoa do idoso merecedora de proteção integral e especial.

A partir disso, para adequar-se à orientação constitucional, a legislação brasileira deu um relevante passo em direção à efetivação dos direitos da pessoa idosa, mediante a edição de duas leis exclusivamente ocupadas nesta tutela: a Política Nacional do Idoso

(Lei 8.842/1994) e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003); além da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/1993) que também objetiva a proteção à velhice.

Vê-se, então, a velhice como um importante objeto de estudo também para a Ciência Jurídica, pretendendo-se neste trabalho proceder à análise da sua juridicidade no ordenamento jurídico brasileiro, segundo a Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda, elucidada por Marcos Bernardes de Mello, em sua obra Teoria do Fato Jurídico (Planos da Existência e da Eficácia), examinando todas as etapas transcorridas pelo fato desde a saída do mundo social até, pela incidência da norma, o seu ingresso no mundo jurídico e a conseqüente produção de efeitos.

Isto porque se mostra necessário, neste momento histórico, que também a Ciência Jurídica (assim como outras Ciências do conhecimento já têm feito) inicie o exame da velhice para, no espaço de suas investigações, encontrar a definição jurídica deste objeto do conhecimento.

2. A velhice e as dimensões do fenômeno jurídico

A velhice não é um fato estático; é o resultado e o prolongamento de um processo. Esse processo consiste numa sucessão progressiva de mudanças orgânicas, psíquicas e sociais durante toda a trajetória existencial do homem.

Infere-se que se trata de um processo contínuo, heterogêneo e complexo. Simone de Beauvoir ao analisar a significância da velhice, explicita uma interpretação que leva em conta a sua complexidade:

É um fenômeno biológico: o organismo do homem idoso apresenta certas singularidades. Acarreta conseqüências psicológicas: determinadas condutas, que são consideradas típicas da idade avançada. Tem uma dimensão existencial como todas as situações humanas: modifica a relação do homem no tempo e, portanto, seu relacionamento com o mundo e com sua própria história. Por outro lado, o homem nunca vive em estado natural: seu estatuto lhe é imposto tanto na velhice, como em todas as idades, pela sociedade a que pertence. A complexidade da questão é devida à estreita interdependência desses pontos de vista.¹

¹ BEAUVOIR, Simone de. **A Velhice**. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p.15.

Diante da complexidade que envolve a velhice, pode-se dizer de maneira bastante simplificada, que suas demandas exigem respostas não limitadas a questões puramente biopsíquicas, mas, sobretudo nos tempos contemporâneos, a velhice deve ser encarada como uma questão social relevante.

Durante o curso histórico da humanidade, não se tem envelhecido de forma sempre igual, nem tem sido idêntica a posição dos idosos na sociedade. Deve-se atentar, todavia, para o fato de que a exclusão desse segmento humano esteve presente em boa parte dos períodos históricos:

Cada época histórica ha debido resolver dos preguntas fundamentales en relación com la vejez. Por um lado ha tenido que saber qué lugar otorgarle al anciano en el seno de su sociedad. Y, por outro, ha debido elaborar algún concepto de vejez que identifique a las personas en cuanto tales. Todo el pasado de la ancianidad ha sido, pues, un largo e doloroso ensayo de respuesta. Ensayo múltiple, discontinuo y variado. Aunque también, ambiguo e contradictorio. Por ello podemos decir que la vejez ha ocupado un lugar ambivalente. Desde las primeras civilizaciones, al aciano se le ha atribuido poderes sobrehumanos, se lo ha considerado un sujeto capaz de mediar entre este mundo y el outro: en suma, se lo ha venerado. Pero también, simultáneamente ha sido víctima del mayor de los desprecios: se lo ha cosificado. En este marco, no ha sido infrecuente su abandono, o su directa eliminación, incluso mediante rituales sagrados.²

Nas sociedades primitivas, poucas pessoas alcançavam a velhice, já que fatores como guerras, epidemias, falta de higiene, limitações da ciência médica dificultavam o seguimento normal do envelhecimento da população. Nas sociedades primitivas, o velho era um membro importante no sentido de continuidade, por transmitir conhecimentos, modos de vida e valores morais para os mais jovens, tornando-se assim um ser excepcional, não somente pela idade alcançada, mas pela experiência e memória que possuía.³

² CARAMUTO, María Insolina Dabove; LABORDE, Adolfo Benjamín José Prunotto. **Derecho de la ancianidad: perspectiva interdisciplinaria**. 1 ed. Rosário: Editorial Juris, 2006, p. 27.

³ ALBA, Víctor. **Historia Social de la Vejez**. Barcelona: Laertes, 1992, p. 32.

Já com o Renascimento, somente a juventude era exaltada como objeto de valoração plena. “El anciano, cargado de fealdad y decadencia, quedará una vez más fuera del círculo de lo comprendido. El viejo renacentista es un ser trágico, por estar ridículamente vivo. Es, pura y simplemente, la vuelta insensata a la niñez”.⁴

A divisão da vida em etapas não era, no entanto, até a consolidação do modelo de sociedade capitalista, objeto de análise e sobre a velhice não incidia nenhuma preocupação científica.

A necessidade de estudar e conhecer o homem em cada uma de suas fases biológicas surge como uma tônica desse sistema capitalista de produção que exigia a participação do homem apto para o mercado de trabalho. A partir disso, passa-se a firmar o ciclo biológico da existência humana em faixas etárias bem definidas, mas esse objeto de estudo era destinado mais especificamente à área médica.

A ciência médica periodizou a vida passando a analisá-la por meio de fases. Às diferentes etapas etárias foram atribuídos valores diferenciados, na medida de sua importância para o fenômeno da produção de riquezas.

Nesse momento histórico, ao passo que se tornava alvo de análises científicas (ainda que restritas às questões biológicas) a velhice era conduzida, na qualidade de fenômeno social, a uma situação de marginalização já que definida como etapa final da vida, fora dos potenciais produtivos.⁵

Tangenciando o problema sob a óptica negativa da velhice, presente desde a gênese de sua discussão, tem-se como maior consequência um fato do qual os idosos ainda hoje não conseguiram superar: a sua exclusão da vida social.

No entanto, não há mais sentido em olhar a velhice sob a visão pessimista de quem já cumpriu todas as fases da vida e por isso dela se despede, como deixa transparecer Norberto Bobbio nas reflexões que faz sobre o significado da velhice em seu “Tempo de Memória” quando

⁴ CARAMUTO & LABORDE. Ob. cit., 2006, p. 29.

⁵ BIRMAN, Joel. **Futuro de todos nós: temporalidade, memória e terceira idade na psicanálise**. In: Veras, Renato (org.). **Terceira Idade: Um envelhecimento digno para o cidadão do futuro**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995, p.30.

diz por exemplo que “a velhice passa a ser então o momento em que temos plena consciência de que o caminho não apenas não está cumprido, mas também não há mais tempo para cumpri-lo, e devemos renunciar à realização da última etapa”,⁶ ou quando diz: “a meu ver, quem chegou à minha idade deveria ter um só desejo e uma só esperança: descansar em paz”.⁷

Contrario sensu, a velhice deve ser encarada como uma conquista da humanidade. Uma conquista que deve ser preservada.

Hoje - em contraponto ao que ocorria no início do século XX, quando a expectativa de vida da população brasileira era apenas de 33 anos e a velhice era tratada como questão meramente doméstica, tendo em vista o número reduzido de velhos - o aumento da expectativa de vida para aproximadamente 73 anos e a conseqüente organização dos idosos, que passam a lutar por um sistema de aposentadoria capaz de garantir-lhes dignidade, por um sistema de saúde adequado, por espaços de lazer, por leis mais duras contra atos de violência contra eles praticados, a questão do envelhecimento transformou-se em questão pública e fenômeno social relevante.

Todo esse processo incitou o Legislativo a construir, com a decisiva colaboração da sociedade civil, um conjunto de normas voltadas a tutelar a velhice e efetivar os direitos relativos à pessoa idosa enunciados nos dispositivos constitucionais que garantem dignidade a todo ser humano, independentemente de sua idade.

É neste ambiente, que a Política Nacional do Idoso (Lei 8.842/1994) e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) foram discutidos, votados e sancionados, trazendo um conjunto de normas que objetivam firmar o traço da efetividade ao direito da pessoa idosa, consolidar os direitos já existentes e assegurar outros às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, garantindo a cidadania em sua plenitude, as oportunidades e facilidades para a preservação de sua saúde física e mental e o seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

⁶ BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória**: De senectude e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. 5 ed. Rio de Janeiro: Campus. 1997, p. 31.

⁷ BOBBIO, Norberto. Ob. cit, 1997, p. 39.

Segundo Marcos Bernardes de Mello:

A norma jurídica representa a valoração de fatos feita pela comunidade jurídica. Realmente, quando o homem traça as regras jurídicas de convivência social trata os fatos segundo critérios axiológicos, em razão dos quais é medida a importância que possuem para o relacionamento humano. A regulação dos fatos, assim, está na contingência da sua maior ou menor afetação pelas necessidades dos homens.⁸

Assim, a existência de uma norma jurídica tutelando um fato é o indicativo da importância desse fato para a sociedade de um determinado lugar, em um dado momento histórico. É o indicativo de que esse fato foi valorado relevante e merecedor da descrição normativa.

Pode-se dizer, portanto, que em razão da relevância social que o envelhecimento populacional evidencia contemporaneamente em nosso país, o fato velhice, pela vontade do legislador que o normatiza, sai da imensidão do mundo fático para ingressar, pela incidência da norma, no mundo jurídico.

A juridicidade do fato velhice, como a de qualquer outro fato valorado pela comunidade jurídica está assentada nas três dimensões do fenômeno jurídico: política ou axiológica, normativa e sociológica.

A dimensão política ou axiológica do fenômeno jurídico revela o interesse que a comunidade jurídica, pelos órgãos competentes, reputa ao fato velhice, considerando-o relevante para o grupo social e compreendendo a necessidade de, mediante a edição da norma, regulá-lo, segundo os valores fundamentais, as ideologias, as tradições, a consciência cívica, os anseios desse grupo social. A norma que tutela a velhice nasce, portanto, da valoração que se dá à necessidade de proteger as pessoas que se encontram nessa faixa etária.

A dimensão normativa manifesta o caráter dogmático do fenômeno jurídico no qual a norma jurídica, regularmente posta e vigente, tratada como dogma, ao incidir sobre o seu suporte fático transformando-o em fato jurídico, realiza o direito independentemente do assentimento dos seus destinatários, subordinando-os à conduta nela descrita porque obrigatória, independentemente de sua aceitação no

⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.37.

meio social. Diante desse aspecto, a norma que tutela a velhice deve ser cumprida simplesmente porque existe e é válida, independentemente da conformação das condutas às suas determinações.

O fato velhice pode ainda ser vislumbrado diante da dimensão sociológica do fenômeno jurídico, ou seja, da visão sociológica do direito que diz respeito à efetivação da norma no ambiente social. Assim, do ponto de vista sociológico, a norma que tutela a velhice apenas será efetiva se, além de vigente, houver a adesão ao seu cumprimento pelo grupo social. Do contrário, se houver oposição comunitária à norma, insistindo o grupo a se comportar em desacordo com o estabelecido, não haverá perfeita realização do direito e a norma, apesar de no ponto de vista dogmático está em vigor, será uma norma sem vigência. Nesse aspecto, vê-se o direito apenas como fato social, como conduta efetiva da sociedade em relação às normas. A compreensão da velhice inserida num fenômeno jurídico implica a análise em conjunto dessas três perspectivas.

Inicialmente, a comunidade jurídica, diante dos dados demográficos e sociais contemporâneos, enxerga a velhice como fato social relevante, entendendo que existe a necessidade de proteger as pessoas que se encontram nessa faixa etária, tutelando os direitos que lhes garantam dignidade até o final da vida, mediante, por exemplo, um sistema de saúde adequado e prioritário, programas de proteção social adequados às suas demandas, garantias de acessibilidade e lazer, leis que coíbam a violência, dentre outros direitos.

Diante disso, a comunidade jurídica traduz esses valores sociais em uma norma jurídica, descrevendo nela todos os elementos que irão compor o seu suporte fático, de cuja ocorrência no mundo social acarretará o surgimento do fato jurídico *lato sensu* que possuirá a aptidão de produzir efeitos jurídicos também na norma descritos.

Por fim, sendo legítimos os fatos descritos na norma, havendo a sintonia fina entre o que ela descreve e a necessidade do grupo social em ver juridicizados esses fatos, tutelados pela norma, dá-se a sua efetivação no ambiente social, pela adesão de seus destinatários aos comandos normativos.

Compreendida a velhice nessas três dimensões do fenômeno jurídico, passa-se à análise mais detida da sua tutela no âmbito da dimensão normativa.

3. A problemática da juridicidade da velhice

Para iniciar a análise da juridicidade da velhice ou de qualquer fato que se destine a ingressar pela incidência da norma no mundo jurídico, é necessário considerar um elemento preliminar na dinâmica do fenômeno jurídico: a previsão normativa do fato socialmente relevante que condiciona o nascimento do fato jurídico correspondente.

Deve-se ressaltar a importância da previsão normativa do fato posto que, é a partir dela que se dá início ao fenômeno jurídico.

Conforme explica Lourival Vilanova, “O fato se torna jurídico porque ingressa no universo do direito através da porta aberta que é a hipótese. E o que determina quais propriedades entram, quais não entram, é o ato-de-valoração que preside à feitura da hipótese da norma.”⁹

É na previsão normativa que estão contidos todos os elementos formadores do suporte fático que se situa no plano abstrato da norma. Quando se concretizam no mundo os elementos do suporte fático, a norma jurídica incide sobre ele juridicizando-o e transformando-o em fato jurídico.

Desta forma, a fim de saber se a velhice ingressa no mundo jurídico, em razão de ser um fato social relevante e para ser protegida pelo ordenamento jurídico, é preciso inferir se há previsão pela norma jurídica da hipótese fática velhice.

Realizando uma busca pela legislação pátria, pode-se observar que a velhice é, pela norma jurídica, objeto de proteção. É o que se demonstra em seguida.

A Constituição Federal em seu art. 203 determina que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: a proteção à velhice e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A Lei Orgânica da Assistência Social, Lei 8.742/1993, diz em seu art. 2º que a assistência social tem por objetivo a proteção à

⁹ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 89.

velhice e garante o valor de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Mais adiante, a mesma lei, agora em seu art. 20, prescreve a definição do benefício de prestação continuada como a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com setenta anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

A Lei Orgânica da Assistência Social diz também que poderão ser estabelecidos outros benefícios eventuais para atender as necessidades advindas de situações de vulnerabilidade temporária, com prioridade para a criança, a família, o idoso, a pessoa portadora de deficiência, a gestante, a nutriz e nos casos de calamidade pública.

A Política Nacional do Idoso, Lei 8.842/1994, estabelece em seu art. 1º que a política nacional do idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

Diz também em seu art. 2º que se considera idoso, para os efeitos legais, a pessoa maior de sessenta anos de idade.

O Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, mais abrangente que a Política Nacional do Idoso, tem como objetivo promover a inclusão social e a garantia dos direitos desses cidadãos e traz um amplo rol de direitos e medidas de proteção destinados às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, tais como: 1) a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário; 2) a distribuição gratuita, pelo Poder Público, de medicamentos, especialmente os de uso continuado, de próteses e órteses; 3) a proteção do idoso contra negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão; 4) descontos em atividades de cultura, esporte e lazer; 5) reserva de 3% de unidades residências nos programas habitacionais públicos; 6) reserva de duas vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a dois salários-mínimos, no sistema de transporte coletivo interestadual; 7) a vedação à discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade; dentre outros.

Essa lei prevê ainda que o Orçamento da Seguridade Social destinará ao Fundo Nacional do Idoso, os recursos necessários, em cada exercício financeiro, para aplicação em programas e ações relativos ao idoso.¹⁰

Vê-se nos exemplos enumerados, que a norma tratou de fixar uma idade cronológica que assinala o início de uma fase da vida a partir da qual as pessoas a ela pertencentes passem a gozar da proteção própria. Essa fase da vida que a norma tutelou é a velhice.

A Constituição Federal de 1988, como dito acima, enunciou expressamente em seu art. 203, como objetivo da assistência social, a proteção à velhice. Também a Lei Orgânica da Assistência Social, como visto, menciona, de forma literal, a velhice como objeto de proteção da assistência social.

A velhice, portanto, é uma fase da vida que, pela sua relevância, mereceu previsão na norma jurídica que tutelou sua condição e reservou-lhe um conjunto de direitos especiais (que outras faixas etárias não possuem) e a garantia de aplicação de recursos públicos em programas à velhice destinados.

Assim, fica evidente a participação do fato velhice no fenômeno jurídico, porque ele faz parte da estrutura da norma jurídica. Ele cumpriu, dentro do fenômeno jurídico, o primeiro requisito: estar previsto na norma. Cabe neste momento analisar em qual categoria a

¹⁰ A lei que institui o Fundo Nacional do Idoso foi sancionada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 20/01/2010. Com a nova legislação, publicada em 21/01/2010 no Diário Oficial da União, pessoas físicas e jurídicas poderão deduzir do Imposto de Renda doações feitas ao fundo, nos âmbitos nacional, estadual e municipal. O Fundo será gerenciado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa (CNDI) e tem por objetivo financiar programas e ações que assegurem os direitos sociais do idoso e criem condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. Sua receita virá principalmente dos recursos destinados ao Fundo Nacional de Assistência Social; das contribuições feitas a fundos controlados por Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e Conselhos do Idoso; de recursos destinados no orçamento da União; de contribuições e resultado de aplicações de governos e organismos estrangeiros e internacionais; e de resultado de aplicações no mercado financeiro. A nova lei entrará em vigor a partir de janeiro de 2011.

velhice se enquadra. É suporte fático (conceito do mundo dos fatos)? É fato jurídico (conceito do mundo jurídico)?

Conforme ensina Marcos Bernardes de Mello, suporte fático é:

[...] algo (= fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. Suporte Fático, assim, é um conceito do mundo dos fatos e não do mundo jurídico, porque somente depois de que se concretizam (= ocorram) no mundo os seus elementos, é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico e, portanto, se poderá falar em conceitos jurídicos.¹¹

O autor explica a composição do suporte fático e os elementos que a estruturam. Elucidando o assunto, ele expõe que geralmente o suporte fático é complexo, sendo raras as espécies em que apenas um fato o compõe e, com isso, explica que os tipos de elementos do suporte fático podem ser: nucleares (cerne e completantes), complementares e integrativos.

Os elementos nucleares do suporte fático, segundo o autor, “têm influência diretamente sobre a existência do fato jurídico, quer dizer: a sua falta não permite que se considerem os fatos concretizados como suporte fático suficiente à incidência da norma jurídica”.¹² São assim os elementos cerne e completantes do suporte fático.

Quanto aos elementos complementares o autor esclarece que eles apenas complementam o núcleo, sem, contudo, o integrarem. Portanto, não exercem influência sobre a existência do fato jurídico, têm apenas consequências quanto à sua validade ou à sua eficácia.

Por último, os elementos integrativos são conceituados por Marcos Bernardes de Mello como aqueles elementos que atuam na produção na eficácia final do negócio jurídico.

Aplicando essas explicações na busca do enquadramento jurídico da velhice, pode-se inferir que a velhice é pela norma jurídica formada por um suporte fático complexo.

¹¹ Mello, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 35.

¹² Mello, Marcos Bernardes de. Ob. cit., 1995, p. 44.

Ser pessoa e ter 60 anos ou mais são elementos que compõem o suporte fático da velhice. Trata-se de suporte fático complexo eis que possui o elemento cerne: ser pessoa e o elemento completante: ter 60 anos ou mais de idade.

Para que ocorra a incidência da norma jurídica sobre a velhice é preciso que todo o suporte fático necessário exista.

Dois são os elementos que compõem a suficiência do suporte fático da velhice. O elemento cerne e o elemento completante. O primeiro é um efeito de fato jurídico, posto que, ser pessoa é o efeito atribuído pela norma ao fato do ser humano nascer com vida. O segundo é o elemento cronológico, o tempo, que possui grande importância no mundo do direito e o seu transcurso por vezes integra suportes fáticos de normas, caso da concreção do fato velhice que depende do decurso de sessenta anos na vida de uma pessoa.

Quando esses dois elementos previstos na norma ocorrem no mundo dos fatos, dá-se o chamado fenômeno da juridicização do suporte fático, porque sobre ele incide a norma jurídica, transformando-o em fato jurídico, conceito do mundo do Direito. Assim, a velhice, deixa de constituir um simples fato social para tornar-se um fato jurídico. Pela incidência da norma, o suporte fático da velhice transforma-se em fato jurídico velhice.

Então, pela juridicização que, para Pontes de Miranda “é o processo peculiar ao Direito; noutros termos: o direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos (= para que entrem no mundo jurídico)”¹³, a velhice torna-se fato jurídico.

A velhice torna-se fato jurídico, adequando-se com perfeição ao conceito construído por Pontes de Miranda:

Fato Jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. (...) Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dinama, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não diname, eficácia jurídica.¹⁴

¹³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo I. 1 ed. Campinas: Bookseller, 1999, p. 52.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. Ob.cit., 1999, p. 126.

E, dentro da classificação de fato jurídico *lato sensu*, a velhice é fato jurídico *stricto sensu*.

Isto porque, conforme ensina Marcos Bernardes de Mello, “*tudo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial, denomina-se fato jurídico stricto sensu*”¹⁵

O autor traz exemplos que ilustram o conceito: o nascimento, o implemento de idade, a morte e outros, dentre os quais se encaixa perfeitamente o implemento da idade de sessenta anos com o ingresso na velhice.

O decurso dos anos na vida de uma pessoa, até que ela complete a idade de sessenta anos, idade escolhida pela norma para marcar o início da velhice, é *um fato da natureza, independente de ato humano como dado essencial*.

Assim, a incidência da norma sobre os elementos que compõem o suporte fático da velhice – ser pessoa e ter 60 anos de idade – porque eles ocorreram no mundo dos fatos, enseja o surgimento da velhice como fato jurídico *stricto sensu*, que é a velhice fática colorida pela incidência da norma.

4. A eficácia da velhice como fato jurídico *stricto sensu*

Tão importante quanto entender a velhice como um fato jurídico *stricto sensu* é atribuir a ela, por causa disso, a qualidade de fonte de eficácia jurídica.

Ensina Marcos Bernardes de Mello que “Tudo o que se passa no mundo jurídico, sem exceção, é consequência (eficácia) de fato jurídico. Nele nada ocorre sem que haja um fato jurídico em sua origem.”¹⁶

Perfeita é a conclusão do autor quando diz ser o fato jurídico a fonte única de eficácia jurídica. Quando a norma jurídica incide sobre a hipótese fática reputada relevante por razões de natureza sociológica e axiológica pela comunidade jurídica, ela transforma aquela hipótese

¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., 1995, p. 107.

¹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Eficácia**. 1ª Parte. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 171.

em fato jurídico, com o objetivo de, a partir dele, fazer emanarem os efeitos por ela queridos.

Do contrário, inúteis seriam as normas como instrumentos de condução social, se não fosse do fruto da sua incidência, o fato jurídico, que proviessem os efeitos jurídicos necessários ao ajuste das intersubjetividades.

A velhice como fato jurídico *stricto sensu* também é fonte de eficácia jurídica. Cabe, neste momento, definir qual das *categorias eficaciais* ela produz.

Marcos Bernardes de Mello explica que categorias eficaciais “são todas as espécies de efeitos jurídicos encontráveis no mundo do direito; desde as mais elementares situações jurídicas às mais complexas relações jurídicas, às sanções, às premiações e aos ônus, todos são categorias de eficácia jurídica.”¹⁷

Ele enumera as categorias eficaciais em: a) situações jurídicas: a.1) básicas, a.2) simples ou unisubjetivas, a.3) complexas ou intersubjetivas: unilaterais e multilaterais; b) sanções; c) premiações e d) os ônus.

Não será objeto deste trabalho, analisar detidamente cada uma dessas espécies, senão apontar aquela que melhor condiz como efeito do fato jurídico velhice e os porquês da indicação.

No empenho de acertar qual categoria eficaz é produzida pelo fato jurídico velhice, passa-se ao exame desse fato, observado no plano da eficácia, sem temer repetir alguns posicionamentos já apresentados acima.

As normas que descrevem a velhice, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, designam conteúdo protetivo aos direitos da pessoa idosa. Essas normas definem o momento a partir do qual se inicia a velhice e determinam os direitos que deverão ser efetivados durante essa fase.

Quando uma pessoa completa sessenta anos de idade, a norma incide sobre esse fato e constrói para ela uma esfera jurídica na qual

¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., 2008, p. 31.

são incluídos todos os direitos (desde os mais concretos aos mais abstratos) necessários ao gozo da velhice com dignidade.

O conjunto de direitos que toca a pessoa idosa pela incidência da norma obriga determinados sujeitos à sua realização.

A norma do art. 3º da Lei 10.741/2003, por exemplo, prescreve que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Vê-se, portanto, como efeito do fato jurídico velhice o nascimento de uma relação jurídica na qual se tornam obrigados ao cumprimento dos direitos da pessoa idosa, tanto o Estado, quanto a entidade familiar, a comunidade e a sociedade.

Trata-se de uma relação jurídica já que, conforme avalia Marcos Bernardes de Mello,

Em todo o campo do direito, sempre que se menciona haver um direito, um dever, uma pretensão, uma obrigação ou qualquer outra categoria eficaz, estar-se-á, em geral, diante de uma relação jurídica, porque haverá sujeitos de direito, um em face de outro, considerados reciprocamente.¹⁸

A estrutura da relação jurídica decorrente do fato jurídico velhice é composta: a) pelo sujeito ativo que é a pessoa idosa; b) pelo sujeito passivo que são ora o Estado, ora a entidade familiar, ora a comunidade na qual o idoso está inserido, ora a sociedade em geral e, em algumas hipóteses, todos eles em solidária interação; e c) o objeto que é o gozo da velhice com dignidade.

Dentro dessa estrutura, pode-se vislumbrar os princípios fundamentais que confirmam tratar-se de uma relação jurídica, o efeito produzido pelo fato jurídico velhice. Os princípios que, uma vez existentes, determinam a configuração de uma relação jurídica são, sob a óptica de Marcos Bernardes de Mello: princípio da intersubjetividade, princípio da essencialidade do objeto e princípio da correspectividade de direitos e deveres. Eles serão identificados a seguir (2008, p.173).

¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., 2008, p. 172.

O primeiro, princípio da intersubjetividade, ressalta a essencialidade de existirem dois sujeitos de direito reciprocamente relacionados. A partir desse princípio, considerando a determinabilidade do sujeito passivo, é possível concluir que do fato jurídico velhice são produzidos dois tipos de relação jurídica: uma relação jurídica de direito absoluto e uma relação jurídica de direito relativo.

Diz-se de direito absoluto a relação jurídica quando as pretensões dela decorrentes obrigam todos os sujeitos de modo indistinto, quando no pólo passivo da relação encontram-se, os denominados por Pontes de Miranda, sujeitos passivos totais.

O fato jurídico velhice produz uma relação jurídica de direito absoluto quando essa relação impõe a todos, ao *alter*, o dever de cumprir os mandamentos da norma que criam os direitos da pessoa idosa.

Quando a norma do § 1º do art. 4º da Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso – dispõe que é dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos da pessoa idosa, pondo-a a salvo de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, é possível visualizar a formação de uma relação jurídica de direito absoluto.

Nesse exemplo, a pessoa idosa figura como sujeito ativo determinado ou determinável e o sujeito passivo é ocupado por todos indistintamente, porque o dever que nasce dessa relação jurídica vincula a todos, seja quem for. O dever de prevenir a ameaça ou a violação aos direitos da pessoa idosa, como dita o artigo citado, vincula qualquer um que entre em contato com a esfera jurídica do titular do direito absoluto.

É a mesma categoria eficaz que decorre da incidência da norma do § 3º do art. 10 da Lei 10.741/2003 quando determina que é dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Nota-se que nesse caso, a relação jurídica gerada também é de direito absoluto, já que o sujeito passivo obrigado são todos indistintamente.

De outro lado, diz-se de direito relativo a relação jurídica que gera pretensões exigíveis de sujeitos passivos determinados ou determináveis, jamais do *alter*.

Assim, quando a norma diz que é assegurado aos idosos, a partir de sessenta e cinco anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, o benefício mensal de um salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas (art. 34 do Estatuto do Idoso), ela enuncia que a partir do fato jurídico velhice nasce uma relação jurídica de direito relativo, na qual a pessoa idosa é o sujeito ativo e a Seguridade Social (o Estado) é o sujeito passivo determinado que é obrigado a conceder, mês a mês, o benefício à pessoa que complete a idade estabelecida e preencha os demais requisitos normativos.

A mesma relação jurídica é produzida quando, por exemplo, a norma do art. 230, § 2º da Constituição Federal dita que é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de sessenta e cinco anos, como também quando a norma do art. 39 do Estatuto do Idoso assegura a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos aos maiores de sessenta e cinco anos, determinando em seu § 1º que para ter acesso à gratuidade, basta que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade e estabelecendo no § 2º que nos veículos de transporte coletivo, serão reservados 10% dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente para idosos.

Nessas hipóteses, a relação jurídica gerada é de direito relativo já que se pode identificar com facilidade os sujeitos que dela participam. O sujeito ativo é a pessoa idosa, credora do direito. O sujeito passivo é a empresa de transporte que deve se inclinar ao fato jurídico velhice para garantir à pessoa idosa a gratuidade da passagem e 10% dos assentos do veículo para ela.

Em seguida, analisa-se o princípio da essencialidade do objeto.

Segundo Marcos Bernardes de Mello, “Relação jurídica sem objeto seria mera entidade lógica, sem substância na realidade. Se falta objeto, não há relação jurídica, porque o objeto é que lhe dá sentido e realidade.”¹⁹

¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., 2008, p. 180.

O objeto da relação jurídica decorrente do fato jurídico velhice se constitui nas garantias e prerrogativas que a condição de pessoa idosa atribui a alguém.

O último princípio essencial, o princípio da correspectividade de direitos e deveres, é segundo Marcos Bernardes de Mello (2008, p.182) específico da categoria eficaz relação jurídica:

[...] havendo relação jurídica, há no mínimo, direito e dever correlatos, uma vez que ninguém pode ser credor (sentido de sujeito ativo) sem que haja um devedor (sentido de sujeito passivo), como é inadmissível alguém ser devedor de ninguém. É preciso que haja um crédito (no sentido de poder jurídico) para que haja um débito (sentido de submissão), portanto, um credor e um devedor.

É o que se vislumbra, conforme já demonstrado acima, na estrutura da relação jurídica formada pelo fato jurídico velhice. Uma vez configurada a velhice, a pessoa idosa passa a ser credora dos direitos enumerados pela norma que deverão ser cumpridos pelo devedor que são ora o Estado, ora a família, ora a sociedade em geral, ora todos indistintamente.

5. Conclusões

Deste trabalho são construídas as seguintes conclusões:

1. Diante dos dados demográficos contemporâneos que atestam o crescente envelhecimento populacional brasileiro como fato social relevante, observa-se a premente necessidade da previsão normativa da velhice, entendendo que se deve proteger as pessoas pertencentes a essa fase etária, tutelando os direitos que lhes garantam dignidade até o final da vida.
2. Normas da Constituição Federal de 1988, da Política Nacional do Idoso (Lei 8.842/1994), do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) e da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/1993), em decorrência de perspectivas axiológicas e sociológicas, fazem previsão expressa da tutela da velhice no ordenamento jurídico brasileiro.
3. A previsão normativa da velhice torna possível enquadrá-la em duas categorias jurídicas distintas a depender do momento, dentro do fenômeno jurídico, no qual ela está sendo analisada.

4. No momento que precede a incidência da norma jurídica, ainda em seu plano abstrato, enquanto apenas prevê a velhice como objeto de proteção, descrevendo os elementos que compõem sua estrutura, devemos entender que a velhice é formada por um suporte fático complexo constituído por dois elementos: o elemento cerne, ser pessoa; e o elemento completante, ter 60 anos ou mais de idade.
5. No momento em que esses dois elementos previstos na norma ocorrem no mundo dos fatos, dá-se o chamado fenômeno da juridicização do suporte fático, porque sobre ele incide a norma jurídica, transformando-o em fato jurídico, conceito do mundo do Direito. Nesse momento da incidência da norma, o suporte fático da velhice transforma-se em fato jurídico velhice.
6. Dentro da classificação geral do fato jurídico de Pontes de Miranda, concluímos que a velhice é fato jurídico *stricto sensu* porque na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial e, o decurso dos anos na vida de uma pessoa, até que ela complete a idade fixada pela norma para marcar o início da velhice, é um fato da natureza.
7. Como fato jurídico *stricto sensu*, a velhice também é fonte de eficácia jurídica e dentre as categorias eficaciais produzidas pelos fatos jurídicos, aquelas que o fato jurídico velhice produz são as relações jurídicas de direito absoluto e as relações jurídicas de direito relativo.
8. O fato jurídico velhice tem como efeito uma relação jurídica de direito absoluto quando essa relação impõe a todos, ao *alter*, o dever de cumprir os mandamentos da norma que criam os direitos da pessoa idosa.
9. Diz-se de direito relativo a relação jurídica nascida do fato jurídico velhice, que gera pretensões exigíveis de sujeitos passivos determinados ou determináveis, jamais do *alter*.

A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO AMBIENTAL

Luciana de Carvalho Salgueiro Silva

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Bolsista da: Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Alagoas (FAPEAL)..

SUMÁRIO

1.Introdução. 2. Ordem de valores e aplicação do Direito. 3. Direitos humanos e Direitos fundamentais. 4. Fundamentos dos direitos humanos e caracterização do direito humano fundamental do meio ambiente. 5. O bem jurídico ambiental em projeção no ordenamento. 5.1 Desenvolvimento Econômico. 5.2 Dignidade da pessoa humana. 6. A Fundamentalidade do direito do meio ambiente: possíveis critérios adotados. 6.1 Valor fundamental e ponderação de valores. 6.2 Fundamentos dos direitos humanos. 6.3 Relação com outros direitos fundamentais. 6.4 A supraestatalidade. 7. Considerações Finais.

1. Introdução

As crescentes preocupações com o meio ambiente enquanto bem da vida juridicamente tutelado, sobre o qual se instalam conflitos de interesses de grande monta, dão ensejo à discussão acerca de ser ou não este um bem jurídico *fundamental*, a merecer proteção jurídica máxima pela ordem jurídica interna e internacional.

Uma vez constatada a escassez e finitude dos recursos ambientais disponíveis na natureza, a questão da proteção ao meio ambiente ficou posta à comunidade internacional de maneira ineludável. Isto porque, mesmo enquanto muitos ainda se recusem a perceber, o que se tem é a concreta aproximação da situação de comprometimento da disponibilidade de recursos básicos à vivência cotidiana¹. Sejam recursos

¹ Mais de cinco milhões de pessoas continuam morrendo anualmente com doenças causadas pela contaminação da água e pela falta de saneamento e de água para fins de higiene. Há hoje 1,5 bilhão de pessoas sem acesso à água potável e 2,9 bilhões - cerca de metade da população mundial - sem serviços sanitários básicos. WERTHEIN, Jorge. Por Uma Nova Ética no Uso da Água.

http://www.brasilia.unesco.org/noticias/opinio/artigow/2004/etica_agua?se archterm=falta+de+%C3%A1gua. Acesso em 11 de agosto 2009.

indispensáveis à própria existência da vida e ao equilíbrio ecológico, como água potável e condições climáticas; sejam relativos à circulação de mercadorias e manutenção de hábitos contemporâneos, como aos hábitos alimentares ou tecnológicos, dependentes que são de inúmera quantidade de matérias-primas, em especial dos minérios.

O direito do meio ambiente surge, então, como proposta de regulação e limitação à exploração desordenada dos recursos naturais, ante a necessidade de que se desenvolvam meios econômicos e hábitos de vida capazes de utilizar tais recursos racionalizadamente, com respeito às necessidades de tempo e cuidado de que necessita a natureza para se refazer. O equilíbrio ambiental é mecanismo complexo e delicado, a formação de um ecossistema é resultado da interação de inúmeros fatores, gradualmente estabelecida ao longo de bilhões de anos, e que não têm todo o seu processo conhecido. A proteção ambiental baseada no princípio da precaução, portanto, é medida mais urgente do que se supõe, pois, do contrário, deverá tornar-se inviável, em médio prazo, qualquer forma de vida (principalmente a humana) no Planeta; e, antes disso, a dignidade e a qualidade da vida humana estará ainda mais comprometida².

Deixando de lado as possíveis discussões filosóficas que esta constatação enseja, o que não significam desconhecer o absurdo, do ponto de vista ético, de o homem destruir o ambiente em que vive e inviabilizar, ainda, outras formas de vida no Planeta, ao *direito* importa que tal comportamento humano interfere na dignidade e qualidade de vida dos demais seres humanos, não apenas das futuras, mas certamente das presentes gerações.

Para maiores informações conferir, ainda, **Relatório Mundial sobre o Desenvolvimento da Água 3**, apresentado pela Unesco no V Fórum Mundial da Água, em Istambul, Turquia, em 16 de março de 2009, e **El agua, una responsabilidad compartida**. 2º Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo, na mesma fonte.

² A obra **Uma Verdade Inconveniente: O que devemos saber (e fazer) sobre o aquecimento global**. (Gore, Albert. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 08-11) constitui-se em interessante trabalho neste sentido, de fácil compreensão, no qual estão literalmente *ilustradas*, por meio de fotografias e imagens de satélite, as demonstrações do esgotamento e dos efeitos da atividade humana desregada no planeta.

As preocupações com a proteção ao bem *jurídico* ambiental são, portanto, como não poderia deixar de ser, *no âmbito do Direito*, eminentemente voltadas para as relações intersubjetivas, porque dizem respeito à viabilidade imediata das relações econômicas dos homens e das nações entre si, bem como à interferência do homem na qualidade e dignidade das demais vidas humanas.

A consideração sobre serem tais preocupações, do ponto de vista jurídico, entendidas como um *direito fundamental do meio ambiente*³, é a questão que será enfrentada no presente trabalho, o que se buscará fazer a partir da análise de como se coloca a proteção ambiental na ordem jurídica interna e internacional, mormente comparando-a a outros direitos fundamentais, e tomando por base alguns critérios já utilizados na doutrina para identificar o caráter fundamental ou não de um direito, não sem antes delimitarmos o que se irá entender, como uma nota de *fundamentalidade* de um direito, para os fins do trabalho.

2. Ordem de valores e aplicação do Direito

O atual estágio do estudo do direito recebe influência determinante de *concepções valorativas*, que buscam superar o entendimento puramente positivista do fenômeno jurídico, na forma como foi levado a extremos nos contextos nazista e fascista, para compreender a aplicação de suas normas como instrumento que são do alcance de resultados, na esteira da crítica formulada em célebre pronunciamento do jurista Gustav Radbruch:

A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos *Positivismo*, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e força, levando a crer que só onde estiver a segunda estaria também o primeiro⁴ (grifo no original).

A partir de reflexões como esta se pôde caminhar para a compreensão do sistema constitucional como uma ordem objetiva de

³ Adotaremos, predominantemente, a designação *direito do meio ambiente* por entendermos abrangente de todo um amplo conjunto normativo que visa à proteção ambiental como um todo.

⁴ RADBRUCH, Gustav. **Cinco Minutos de Filosofia do Direito**, apêndice a Filosofia do Direito, p. 415-418.

valores, um todo harmônico em que estão veiculadas as escolhas axiológicas subjacentes, que deverão informar toda a criação e aplicação do direito. Destaca-se o caráter objetivo-valorativo dos direitos fundamentais, e não apenas sua condição de direitos subjetivados (perspectiva jurídico-subjetiva)⁵.

Descabe, portanto, nos dias atuais, uma aplicação do direito positivo dissociada de uma *filtragem constitucional*, pois os valores fundamentais apontados pelo sistema constitucional têm observância obrigatória, os princípios que os veiculam possuem vinculação normativa⁶. Dentro desta concepção a que se tem chamado neoconstitucionalismo, também relacionada ao designado pós-positivismo, conforme destaca Humberto Ávila, deve-se atentar primordialmente a:

princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo e Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).⁷.

De tudo resulta a necessidade de uma análise acurada acerca de quais são exatamente estes valores e reivindicações essenciais, alçados ao mais alto nível de tutela jurídica, posto que representam mandamento constitucional impositivo, a informar toda a atuação normativa e

⁵ CRUZ, Luiz M. La Constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos: un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada (Espanha): Editorial Comares, 2005, p. 14/15.

⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. Os Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 4. Out/Nov/Dez. 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>> Acesso em 11 de abril 2009. p. 2.

⁷ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17. Jan/Fev/Mar. 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/rede.asp>> Acesso em 9 de abril 2009. p. 2.

judicial de maneira a não poder o intérprete, em nenhuma hipótese, desconhecer-los ou descurá-los, para a sua correta aplicação nas situações particulares e concretas, para funcionarem como critérios de ponderação.

A força vinculante e influência determinante dos valores alçados ao nível *fundamental* no estudo e aplicação do direito, impõe, portanto, constante e minuciosa análise de quais são e de como se projetam cada um destes valores dentro do sistema, mormente tendo-se em conta a mutabilidade destes valores no tempo⁸, posto que deverão ser cada vez mais utilizados dentro destas perspectivas concretas de interpretação e aplicação do direito.

3. Direitos humanos e direitos fundamentais

Como forma de deixar isente de dúvidas o que se quer exprimir como uma noção de “fundamentalidade” do direito ambiental, apresentemos, neste estágio, a distinção e aproximações que se fazem entre as consagradas expressões “direitos humanos”, de um lado, e “direitos fundamentais”, de outro, apontando o sentido em que acolhidas neste trabalho.

Com efeito, se por vezes tais termos são utilizados indistintamente, como verdadeiros sinônimos e exprimindo conteúdo idêntico; muitas vezes se ressalta, na doutrina, uma diversidade de significação entre ambos.

José Afonso da Silva, em seu **Curso de Direito Constitucional Positivo**, alertando para a dificuldade de se definir um conceito “sintético e preciso” de direitos fundamentais, aumentada pela circunstância de serem várias as expressões utilizadas para designá-los⁹, aponta que *direitos fundamentais* é expressão “reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele

⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁹ Este e outros autores elencam, ainda, alguns outros termos, como direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, direitos civis, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, garantias fundamentais, rechaçados por ainda mais genéricos, tendo todos significação equivalente ou muito próxima, a designar um rol de direitos tidos como de elevada relevância na fruição de direitos e promoção da dignidade humana.

concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”, enquanto que “*direitos humanos* é expressão preferida nos documentos internacionais”¹⁰ (grifos no original).

No mesmo sentido é a lição de J.J.Gomes Canotilho, transcrita a seguir:

direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista): direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.¹¹ (grifo nosso).

E, sobre o tema, arremata também Ingo Wolfgang SARLET, defendendo que a noção de direitos fundamentais possui contornos mais precisos e restritos, porque relacionada a direitos institucionalizados no direito positivo de um Estado. Vejamos como coloca:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano enquanto tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.¹²

Nenhum dos autores nega, no entanto, a realidade de que ambos os termos referem-se a conceitos com nítidos pontos de contato, senão verdadeira identificação em certo sentido, posto que aludem ambos a

¹⁰ 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 176 e 178.

¹¹ **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 369.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 35/36.

uma ampla gama direitos de defesa, direitos de cunho prestacional e direitos-garantia que foram gradualmente sendo percebidos como elementares à vida humana e reconhecidos como inerentes a todos os homens pela sua mera condição de ser humano, porque indispensáveis para assegurar a fruição de determinados bens jurídicos sensíveis, do presente trabalho.

Trabalharemos, para este fim, predominantemente com uma noção de “fundamentalidade” material do direito do meio ambiente (seara em que, como já mencionado, não se distinguem direitos humanos e direitos fundamentais¹³), mais relacionada ao significado semântico da expressão, de essencial, indispensável à vida humana digna ou, no dizer de José Afonso da Silva, “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; (...) que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”¹⁴, com vistas a ressaltar a necessidade de que seja plenamente considerado e compreendido como tal, funcionando efetivamente como filtro constitucional na aplicação do direito como um todo.

Dar-se-á prevalência a esta abordagem até mesmo em vista de que o caráter fundamental deste direito na ordem jurídica brasileira, ainda que possa ensejar discussões pela ausência de sua previsão expressa no rol dos direitos fundamentais, posto que localizado em título Da Ordem Social (em lugar do título específico de direitos e garantias fundamentais), já vem sendo suficientemente explorado pela doutrina, em face da norma expressa de ampliação constante no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição da República.

Cabe esclarecer, no entanto, que não existe um conceito abstrato, pré-formulado, no qual se possa subsumir determinada situação e diagnosticá-la como “de direito fundamental”. A conclusão sobre a questão colocada se faz em face das circunstâncias e particularidades envolvidas, partindo de certos critérios referenciais que foram fluidamente recolhidos na doutrina como auxílio ao caminho interpretativo a ser percorrido, reconhecidamente permeado por uma alta dose de subjetividade¹⁵.

¹³ Cf. nota anterior (06)

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Ob. cit., 2002, p. 178.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., 2004, p. 130.

4. Fundamentos dos direitos humanos e caracterização do direito humano fundamental do meio ambiente

Importa, neste estágio, fazer análise, breve que seja, acerca da compatibilidade do reconhecimento do meio ambiente como bem jurídico fundamental com os chamados *fundamentos* dos direitos humanos, tão-somente no intuito de posteriormente se concluir se, sob este aspecto, é possível enquadrar o direito do meio ambiente nesta categoria.

Ao contrário do direito de propriedade, por exemplo, milenarmente reconhecido como um direito humano fundamental, as preocupações com o meio ambiente se mostram bem mais recentes, em especial com a abordagem que possui hoje. Só modernamente o bem jurídico protegido vem sendo percebido como indispensável à vida e dignidade humanas.

Não há dificuldades em se notar, no entanto, que – em que pesem as acirradas discussões acerca do fundamento filosófico para a proteção dos direitos humanos fundamentais – o rol de direitos que recebem tal *status* de proteção costuma ser integrado por situações jurídicas diversas, muitas vezes não identificadas como fundamentais em um contexto anterior, integrando um movimento quase cíclico.

A busca por uma justificação racional para a existência destes direitos, considerados como dignos de proteção especial e indispensável pela ordem jurídica, percorre um fundamento jusnaturalista (seja religioso ou racional), em que os direitos humanos decorreriam de uma “ordem jurídica natural”, superior às ordens jurídicas positivas e existindo independentemente do reconhecimento por esta ordem; passando por um fundamento historicista, em que os direitos seriam variáveis e relativos a cada contexto histórico em que surge, resultado da evolução sobre as necessidades humanas e possibilidades de satisfazer-las dentro de uma dada sociedade (origem social), sendo objeto, ainda, de outras teorias sobre o seu fundamento filosófico, além destas principais expostos¹⁶.

E posição interessante, por fim, é trazida por Eusebio Fernández, defendendo uma fundamentação *ética* para o reconhecimento de certos

¹⁶ FERNÁNDEZ, Eusébio. El Problema del Fundamento de los Derechos Humanos. In *Anuário de Derechos Humanos*, nº 01, Madrid: Instituto de Derechos Humanos. Universidade Complutense, 1982, p. 87/93.

direitos como humanos fundamentais. Afastando as fundamentações anteriores¹⁷, aduz o autor que

La fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos fundamentales parte de la tesis de que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico sino previo a lo jurídico. El Derecho (me refiero siempre al Derecho positivo) no crea los derechos humanos. Su notable labor, sin la cual el concepto de derechos humanos no tendrá plena efectividad, está en reconocerlos, convertirlos en normas jurídicas y garantizarlos también jurídicamente. (...) Por tanto, una vez supuesta la idea anterior, entiendo por fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos la idea de que este fundamento no puede ser más que un fundamento ético axiológico o valorativo, en torno a exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones enexcusables de una vida digna, es decir, de exigencias derivadas de la idea de dignidad humana.¹⁸

De onde se nota não ser necessário buscar em uma ordem superior, pretensamente jurídica e transcendental, a justificação para o dever de reconhecimento de certos bens jurídicos como fundamentais. A fundamentação ética alça ao nível de *fundamentais* aqueles direitos com relação mais estreita à idéia de dignidade humana, ou seja, que o homem possui pelo fato de ser homem, que devem ser garantidos e consagrados, decorrendo de uma exigência ética ou moral de que sejam como tais juridicizados, desvinculadamente de qualquer transcendentalidade jurídica¹⁹.

O certo é que a modificação do contexto histórico vivenciado, com o incremento das relações sociais, dos interesses, necessidades humanas e até mesmo dos bens da vida ofertados, que se tornam cada vez mais complexos, através da manipulação que o homem neles realiza, modifica, por conseguinte, os parâmetros a serem tomados na percepção sobre as necessidades essenciais a serem relacionadas à noção de dignidade humana. , decorrente de uma exigência ética. Aqueles valores e bens da vida considerados imprescindíveis, condições inescusáveis, nucleares para a consideração de que se desfruta de uma vida digna, se modificam juntamente com a modificação do contexto

¹⁷ Para uma visão mais aprofundada, cf. o trabalho do autor (obra citada).

¹⁸ FERNÁNDEZ, Eusébio. Ob. cit., 1982, p. 97/98.

¹⁹ FERNÁNDEZ, Eusébio. Ob. cit., 1982, p. 98/99.

social. Como parcelas da noção de dignidade humana passam a ser percebidos outros fatores, decorrentes da modificação das relações sociais.

Colocando-se desta forma, combinados o fundamento de necessidades dentro de uma sociedade (histórico), com o critério ético para eleger as necessidades humanas a serem consideradas fundamentais, não há dificuldades em perceber que o direito do meio ambiente tem, hoje, tal *status*.

O vínculo estreito entre a preservação ambiental e o valor da dignidade humana é unanimemente apontado pela maioria dos autores, não apenas porque a própria existência humana depende da viabilidade da vida no ambiente, sendo este o grau máximo de relação do meio ambiente com o direito fundamental à vida, mas que existem diversos graus em que se estabelece esta relação. Em verdade, desde já a qualidade de vida é direta e constantemente afetada pela a destruição ambiental, de maneira a representar violação a outros direitos humanos fundamentais, em especial a saúde e o bem estar social, como também a propriedade, a economia, o desenvolvimento, posto que todos estes não sejam, senão, viabilizados a partir da relação do homem com o meio ambiente.

Ou, no dizer de Edis Milaré:

o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência – a qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver²⁰.

A doutrina ambientalista brasileira, a propósito, tem posição bastante tranqüila em relação à “fundamentalidade” do direito do meio ambiente na ordem jurídica interna. Paulo de Bessa Antunes destaca “o fato de que a doutrina, por ampla maioria, tem considerado que o artigo 225 da nossa constituição é, em um dos seus múltiplos aspectos, uma extensão do artigo 5º.”, esclarecendo como sua posição a de que “o direito ao meio ambiente é um direito humano fundamental que cumpre a função de integrar os direitos à saudável qualidade de vida, ao

²⁰ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 137.

desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais”²¹. E José Afonso da Silva complementa que “a tutela do meio ambiente é instrumental, no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: a qualidade de vida”.²²

E, referindo-se à ordem jurídica portuguesa, destaca Canotilho:

A Constituição Portuguesa de 1976 é das primeiras a positivizar constitucionalmente o ambiente como *direito fundamental*. Logo a seguir é a da Espanha que *expressis verbis* consagra na Constituição de 1978 o direito de todos a <<disfrutar de um meio ambiente adequado, para o desenvolvimento da pessoa bem como o dever de o conservar>> (art. 45º). Os enunciados lingüísticos dos dois textos constitucionais ibéricos foram claramente influenciados pela Conferência de Estocolmo de 1972 sobre o meio ambiente.²³

São posições que, adotando entendimento favorável ao caráter fundamental do direito do meio ambiente nas ordens jurídicas a que se referem, reforçam sua compreensão como proteção a bens jurídicos intimamente conectados com aqueles valores mais fundamentais, que são a vida e a dignidade humana. O bem jurídico ambiental é extremamente complexo, resultado da interação de inúmeros fatores biológicos, climáticos, geológicos, etc., que são todos determinantes na formação de um ecossistema. A proteção ambiental representa a tutela sobre todos estes incontáveis fatores, que perfazem e viabilizam a existência de um ambiente onde se estabelece a vida humana, em todos os seus aspectos. Por esta razão é que não se afigura demagógico ou utópico buscar demonstrar a interação de que o meio ambiente dispõe com todos os âmbitos da vida humana e, por consequência, com outros direitos fundamentais – não sendo este dado, senão, decorrência direta da amplitude e importância do “meio ambiente”, enquanto ambiente onde se estabelece a vida humana, repita-se.

Além disso, a preservação ambiental, em si, também depende do exercício de outros direitos fundamentais para alcançar efetividade,

²¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 9 e 58.

²² SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 70.

²³ **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 179.

como o direito à informação, à liberdade de expressão, à tutela jurídica e jurisdicional adequada, à participação política – colocando-se em uma relação de interdependência recíproca que também reforça o entendimento de ser este um valor fundamental na ordem jurídica atual.

Temos, então, o direito do meio ambiente como um *direito difuso fundamental*, inserido na terceira geração ou dimensão de direitos fundamentais, porque afeito à coletividade, ou ao gênero humano mesmo, e cujo caráter difuso decorre da sua transindividualidade, representada na indeterminação de sua titularidade e indivisibilidade de seu objeto, conforme a definição legal constante no artigo 81 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)²⁴.

Na precisa lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direito de titularidade coletiva ou difusa.”²⁵

Tal como outros direitos fundamentais de mesmo caráter, apenas tardiamente o direito do meio ambiente obteve reconhecimento em declarações internacionais, mas rapidamente alcançou alto nível de repercussão entre as preocupações mundiais, especialmente a partir dos

²⁴ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Por certo que não se ignora, especialmente diante da já mencionada complexidade do bem jurídico ambiental, situações em que a incidência da norma de proteção ambiental poderá transformar a relação jurídica difusa em relação com sujeitos determinados, em que tais direitos de origem ambiental (geralmente direitos civis de reparação) aparecerão subjetivados, em especial quando do cometimento de ilícitos ambientais. (Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004)

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., 2004, p.56/57.

encontros específicos de Estocolmo, em 1972 e, posteriormente, Rio de Janeiro, em 1992²⁶, dos quais resultaram os mais importantes documentos de direito ambiental internacional, em termos gerais²⁷.

Em Estocolmo, no período de 05 a 16 de junho de 1972, realizou-se a primeira Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, da qual resultaram alguns documentos, como a Declaração sobre o Meio Ambiente Humano (Declaração de Estocolmo), e a instituição do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)²⁸. José Afonso da Silva destaca, além disso, a importante influência exercida para o reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um *direito fundamental* nas Constituições posteriores²⁹.

Em 1982, em Nairóbi, uma Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento, formada com representantes dos países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento, buscou avaliar as medidas adotadas pelos Estados nos dez anos subseqüentes ao primeiro encontro, e formulou o chamado Relatório Nosso Futuro Comum, mais conhecido como Relatório Brundtland, abordando os principais problemas ambientais, com destaque para a abordagem sobre a relação da pobreza e do subdesenvolvimento com a degradação do meio ambiente³⁰.

²⁶ Leciona Édis Milaré (2004, p.137): “Esse novo direito fundamental, reconhecido pela Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de 1972 (Princípio 1), reafirmado pela *Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992* (Princípio 1) e pela Carta da Terra de 1997 (Princípio 4), vem conquistando espaço nas constituições modernas, como, por exemplo, as de Portugal, de 1976, e Espanha, de 1978.”

²⁷ Além dos mencionados, muitos outros documentos, com força vinculante entre os Estados-Partes, foram posteriormente adotados como decorrência destes encontros gerais, tendo por objeto aspectos específicos como o Direito do Mar e a proteção da camada de ozônio, sobre o movimento de resíduos perigosos, etc. (Cf. Édis Milaré, op. cit., 2004, p. 909-956.

²⁸ MILARÉ, ob. cit., 2004, p. 914.

²⁹ SILVA, José Afonso da. Ob. cit., 2002, p. 69/70.

³⁰ AMOY, Rodrigo de Almeida. *A proteção do direito fundamental ao meio ambiente no direito interno e internacional*. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. p. 4549-4568. Disponível em:

<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/rodrigo_de_almeida_amoy.pdf>

Acesso em 13 de julho 2009, p. 4557.

Seguindo as recomendações do Relatório Brundtland, a Assembléia Geral das Nações Unidas convocou a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Cúpula da Terra, Rio 92 ou Eco-92, que produziu textos importantes, como: a) Convenção da Diversidade Biológica; b) Convenção sobre Mudanças Climáticas; c) Agenda 21; d) Declaração de Princípios sobre Florestas e) Declaração do Rio, os quais funcionaram como programa geral para convenções posteriores, mais detalhadas e específicas³¹, bem como evento conhecido como Rio+5, com a intenção de avaliar a implementação da Agenda 21 e definir prioridades de ação para os anos seguintes.

Um dos mais importantes documentos decorrentes da deflagração do tema nos eventos mencionados é o Protocolo de Kyoto, celebrado em dezembro de 1997, dispondo sobre limites quanto às emissões de gases poluentes que provocam o efeito estufa³².

Além destes, muitos outros documentos internacionais importantes, na área do meio ambiente, passaram a ser celebrados, inclusive nos âmbitos regionais, do continente americano e africano, por exemplo, tendo esta preocupação, portanto, passado a integrar definitivamente os temas de relações internacionais entre os Estados. E não poderia ser de outra forma, pois, como resulta da própria natureza difusa, já afirmada, do bem jurídico protegido, a degradação ambiental desconhece fronteiras. Cada ação humana que lesiona o meio ambiente repercute em todos os habitantes do planeta, seres humanos ou não, sendo mesmo imperativo que todas as nações se preocupem com o respeito ao meio ambiente por parte das demais, inclusive por razões de cunho prático.

5. O bem jurídico ambiental em projeção no ordenamento

Na esteira do entendimento já exposto acerca do sistema constitucional como uma ordem objetiva de valores, expressão das escolhas axiológicas subjacentes que informam toda a criação e aplicação do direito, no qual prevalece a ponderação e a justiça particular, em lugar de métodos puramente subsuntivos e da análise

³¹ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Econômico Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 65

³² MILARÉ, Edis. *Ob. cit.*, 2004, p. 940.

meramente abstrata de aplicação do direito³³, mostra-se de fundamental importância para os objetivos deste trabalho discorrer, ainda que brevemente, tão-somente enquanto registro superficial, acerca de como o bem jurídico ambiental se mantém em intrínseca relação, com todas as áreas da atividade humana e, por consequência, do direito – não apenas no sentido já abordado, de interdependência recíproca com outros bens fundamentais, como a vida, saúde e a propriedade, mas também com referência a aspectos concretos destas e de outras relações.

A natureza multidisciplinar do direito ambiental lhe é inerente. A atividade humana como um todo depende e se utiliza de recursos ambientais e, em contrapartida, altera e repercute sobre o meio ambiente. Além disso, a compreensão sobre as consequências ambientais destas atividades depende de conhecimentos dos mais variados ramos científicos³⁴, como, exemplificadamente, a biologia, geologia, antropologia, mineralogia, etc., razão porque é imperativo que se amplie a compreensão sobre a magnitude destes processos por parte de todos aqueles envolvidos no fenômeno jurídico, para que possam fazê-lo em atenção e sob o filtro constitucional do direito ambiental fundamental.

Sendo incabível para o espaço deste trabalho uma abordagem pormenorizada das inúmeras relações possíveis, mesmo porque fugiria não só aos objetivos estritamente jurídicos do trabalho, mas, obviamente, também à capacitação de quem o elabora, consideramos proveitoso pinçar, a seguir, certos âmbitos da vida humana, e sua repercussão jurídica, nos quais reputamos mais *representativa*, e crucial, a relação com o direito do meio ambiente: o desenvolvimento econômico e a dignidade da pessoa humana.

5.1 Desenvolvimento Econômico

A primeira e mais importante relação a se compreender é aquela entre a proteção ambiental e a economia, ou o desenvolvimento econômico.

Como pontua Édis Milaré, desde que se tem percebido o risco em que as constantes agressões ambientais colocam a vida humana, começou-se a elaborar um conceito de desenvolvimento desligado do mero *crescimento* econômico, mais atento à possibilidade de

³³ Cf. item 2 deste artigo: “Ordem de valores e aplicação do direito”.

³⁴ MILARÉ, Édis. Ob. cit., 2004, p. 155.

conciliação entre o desenvolvimento, a preservação ambiental e a melhoria da qualidade de vida – que representam o conceito de *desenvolvimento sustentável*, ou seja, incremento econômico e tecnológico sem o esgotamento desnecessário dos recursos ambientais, pioneiramente lançado como meta nos documentos resultantes da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92)³⁵.

É, no entanto, conceito que insiste em aparecer como “meta”, “ideal” a ser perseguido e defendido por ambientalistas, mas com perspectivas quase que utópicas de ser alcançado – o que é uma falsa percepção.

Os recursos ambientais são fator fundamental na produção econômica, sem o qual estaria esta impossibilitada de prosseguir. Por isso segue o mesmo autor discorrendo que:

É falso, de fato, o dilema “ou desenvolvimento ou meio ambiente”, na medida em que, sendo um fonte de recursos para o outro, devem harmonizar-se e complementar-se. (...) Em outras palavras, isto implica dizer que a política ambiental não deve erigir-se em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, os quais constituem a sua base material.³⁶

No mesmo sentido é a colocação de Paulo de Bessa Antunes:

É indiscutível, por tudo aquilo que foi desenvolvido acima que o direito ao desenvolvimento é um dos mais importantes dos direitos humanos e que ele não é contraditório com o direito ao meio ambiente saudável. O contrário, são direitos complementares e indissociáveis.³⁷

Deveras, a preservação do meio ambiente é princípio diretor da atividade econômica, e com esta não é incompatível – ao contrário, o desenvolvimento econômico é, a médio e longo prazo, condicionado pela preservação. O atual estágio de avanço científico e tecnológico permite a extração de produtos primários, assim como o seu beneficiamento e industrialização, de maneira compatível com a

³⁵ MILARÉ, Édís. Ob. cit., 2004, p. 50-51.

³⁶ Idem Ibidem, p. 51.

³⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 27

preservação ambiental, como forma, mesmo, de preservar a própria viabilidade da atividade econômica³⁸.

Paulo de Bessa Antunes qualifica a legislação ambiental como um dos instrumentos de intervenção do Estado na ordem econômica, na medida em que estabelece critérios, parâmetros, para esta atividade humana. Além, ainda, de estabelecer parâmetros, a relação do direito do meio ambiente com o desenvolvimento econômico é ainda mais próxima, exigindo do setor econômico a criação de novas oportunidades, motor de que se alimenta a atividade econômica³⁹, para a preservação dos próprios recursos de que necessitam para produzir.

Ainda que os atores envolvidos com a preservação ambiental e a econômica, na maior parte das vezes insistam em se posicionar como se antagonicos fossem os seus interesses, o direito, enquanto posituação do dever-ser, previsão norteadora de como *devem* se dar as relações humanas, não pode apontar senão para este exato sentido, devendo ser aplicado em atenção à plena compreensão do meio ambiente e do desenvolvimento compartilhando interesses comuns.

Por certo que o problema da efetividade deste direito, de sua efetiva aplicação no mundo dos fatos, nos moldes em que esperado, depende dos mais diversos fatores e enfrentará obstáculos de todos os níveis, mas que não são exclusividade deste ramo jurídico, posto que as preocupações com a efetividade de direitos são atuais em todos os âmbitos do direito, especialmente dos direitos fundamentais.

5.2 Dignidade da pessoa humana

A dignidade humana é o valor supremo no ordenamento jurídico, de onde este retira sua legitimidade, e como tal é amplamente reconhecido na comunidade jurídica⁴⁰.

³⁸ Idem, Ibidem, p. 13-15.

³⁹ GORE, Albert. Ob. cit., 2006, p. 10/11.

⁴⁰ Cf., entre outros, BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. 9. ed. São Paulo: Renovar, 2009. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; e Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

A noção da dignidade como elemento distintivo da pessoa humana remonta ao pensamento do filósofo Immanuel Kant⁴¹, relacionando-o à preservação da capacidade de autodeterminação do ser humano, a impedir que homens sejam ‘coisificados’, ou seja, utilizados como objeto, instrumento para o alcance de determinada finalidade.

Apesar de impossível atribuir-se um conceito abstrato, que se pretenda universal e verdadeiro, à noção de dignidade, posto que seu conteúdo, em verdade, somente se revelará no contexto da situação concreta, o valor da dignidade põe em destaque a pessoa como fundamento e fim maior do Estado, como valor intrínseco que não lhe pode ser subtraído, sob pena de subtrair-lhe a condição humana mesma. Ou, nas palavras de Ingo W. Sarlet, é:

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴²

Assim é que, ante a indeterminação inerente ao conceito, o autor identifica *funções* que a noção de dignidade desempenha dentro de um ordenamento, atuando, portanto, como limite e como tarefa dirigida aos poderes estatais; assim como parâmetro de interpretação e integração de toda a estrutura jurídico-constitucional; como parâmetro de restrição a outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos; bem como parâmetro para impedir restrições maiores a outros direitos fundamentais.

A estreita relação da dignidade humana com a proteção ambiental, já anteriormente pontuada neste trabalho⁴³, pode não se mostrar tão clara a princípio.

⁴¹ Citado por SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., 2004, p. 33

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

⁴³ Cf. item 3 deste artigo: Fundamentos dos direitos humanos e caracterização do direito humano fundamental do meio ambiente.

O próprio Sarlet aponta a dignidade como “diretriz material” para a identificação de direitos fundamentais implícitos, autônomos, ou sediados em outras partes do texto constitucional, funcionando como “critério basilar”, ainda que não exclusivo, para a justificação da fundamentalidade material de certos direitos, e neste sentido relaciona o meio ambiente mais diretamente ao direito à vida e à saúde⁴⁴.

Por certo que a relação entre meio ambiente, vida e saúde é perceptível de forma direta. Todo tipo de poluição e degradação ambiental, seja de águas, da atmosfera, qualquer que seja, tão logo alcance determinados níveis, compromete diretamente a saúde e, por consequência, a vida humana.

Mas, para além desta relação, importa salientar que, antes mesmo de um comprometimento direto, mensurável, da saúde humana, a degradação ambiental atinge a dignidade humana em muitos dos seus aspectos. Tomando-se por base, por exemplo, a delimitação realizada pelo mencionado autor no trecho acima transcrito, podemos empreender uma tentativa de aclarar tais aspectos, do meio ambiente relacionado à dignidade humana.

Assim como a dignidade, revela-se como proteção “contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano”. Não há dúvida de que a obrigatoriedade em adotar medidas para substituir a utilização do metal amianto crisotila, referendada pelo Supremo Tribunal Federal, em razão dos graves danos à saúde provocados pelo contato com a substância, não apenas tutela a proteção à saúde e ao meio ambiente, como impede a sujeição de trabalhadores a ato degradante, que lhes violaria a indisponível dignidade humana⁴⁵.

A preocupação expressada pelo Ministro Carlos Britto, no julgamento da questão da transposição do Rio São Francisco, a seu turno, ao destacar a fragilidade em que se encontra aquele bem ambiental, remete à possibilidade de ele não resistir às obras, defendendo a necessidade de, em face do princípio da precaução, paralisar-se a atividade governamental. O sofrimento do Rio significaria (ou significará) uma afronta a dignidade da população ribeirinha (além de envolver, logicamente, ainda muitos outros

⁴⁴ SARLET, op.cit., 2008, p. 105/106.

⁴⁵ Cf. trecho do Informativo 509 do STF, anexo a este trabalho.

aspectos relacionados), a ser privada de condições existenciais mínimas para uma vida digna, não apenas saudável, pelo acesso ao recurso hídrico, mas de sobrevivência econômica⁴⁶.

Por fim, quando o autor relaciona a dignidade com um “complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa (...) sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”, novamente se revela a idéia de preservação ambiental intrinsecamente relacionada com este conteúdo proposto de dignidade da pessoa humana. A participação e co-responsabilidade de cada cidadão nos destinos da existência é patente no que respeita ao meio ambiente, posto que a atitude de cada um influencia e repercute sobre toda a formação ambiental que, por seu turno, uma vez tendo sofrido degradação, os efeitos do dano ambiental é sentido por todos.

Questão levada a decisão no Supremo Tribunal Federal em que fica nítido tal aspecto é a que discutiu a constitucionalidade de o empreendedor ser obrigado por lei a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação como forma de compartilhamento das despesas com as medidas oficiais de prevenção pelos empreendimentos de significativo impacto ambiental⁴⁷.

6. A fundamentalidade do direito ao meio ambiente: possíveis critérios adotados

Em síntese, foram abordados nestes trabalhos alguns critérios tomados como relevantes para a caracterização do direito do meio ambiente como um direito humano fundamental, no sentido em que aqui adotado⁴⁸. Por certo não tem a pretensão de reputar estes como critérios únicos ou superiores para a discussão, mas apenas como aqueles percebidos, com toda a dose de subjetividade que não se nega, como suficientes e, até mesmo, definitivos para o fim traçado.

6.1 Valor fundamental e ponderação de valores

Destacou-se a crescente importância da identificação daquelas concepções valorativas subjacentes à ordem constitucional, que

⁴⁶ Cf. trecho do Informativo 493 do STF, anexo a este trabalho.

⁴⁷ Cf. trecho do Informativo 431 do STF, anexo a este trabalho.

⁴⁸ Cf. item 3 deste trabalho: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

informam, atualmente, toda a criação e aplicação do direito, em vista de sua força vinculante e influência determinante no sistema.

Após toda a exposição, não restam dúvidas de que o bem jurídico ambiental integra toda esta ordem objetiva de valores, informando a aplicação do direito e a chamada *filtragem constitucional*, como cabe a um bem jurídico fundamental.

Assim é que o meio ambiente vem sendo utilizado como critério na ponderação de valores pela corte constitucional do País⁴⁹, o que denota a dignidade fundamental do direito do meio ambiente. Diferentemente de regras, aquelas normas jurídicas fundamentais, que consubstanciam valores, quando em conflito obedecem à lógica dos princípios, submetendo-se à ponderação e sopesamento, e não à lógica da exclusão (“tudo ou nada”), própria das regras⁵⁰.

Ao tempo em que *justificativa* para a importância da identificação daqueles valores fundamentais à ordem jurídica, o tratamento jurídico despendido, *in concreto*, ao bem ambiental, como valor a ser considerado no método da ponderação, funciona, portanto, como *argumento* para o convencimento de ser este um direito humano fundamental.

6.2 Fundamentos dos direitos humanos

No que se refere ao fundamento dos direitos humanos, existe compatibilidade da elevação do bem jurídico ambiental ao nível de direito fundamental com o fundamento ético adotado, e mesmo com a concepção histórica dos direitos humanos, surgindo como mais um argumento favorável à *fundamentalidade material* do direito do meio ambiente.

O fundamento *ético* dos direitos humanos, segundo o autor adotado, está intrinsecamente relacionado com a noção de dignidade humana, porque elege ao nível de fundamentais aquelas exigências consideradas imprescindíveis para a fruição de uma vida digna – e a imprescindibilidade da proteção ambiental é dado que resulta natural e claramente dos argumentos expostos ao longo do trabalho.

⁴⁹ Cf. trecho do Informativo 522 do STF, anexo a este trabalho.

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (trad.) São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92/106.

6.3 Relação com outros direitos fundamentais

Destacou-se, ainda, ao longo do trabalho, a relação mútua em que se apresenta o direito do meio ambiente com outros direitos fundamentais. Como fora pontuado, a relação de um bem jurídico com direitos de cunho fundamental, especialmente com a dignidade humana, mas não só, funciona como critério para identificação de outros direitos de mesma hierarquia⁵¹. No caso do direito do meio ambiente, encontra-se em estreita relação com o direito fundamental à vida, enquanto sobrevivência e existência humana, também com a saúde e a dignidade humana. Além disso, guarda relação direta com o desenvolvimento econômico, com o direito de propriedade, bem jurídico fundamental tradicional, no qual se funda o próprio desenvolvimento econômico, baseado que é, em seu modelo atual, na apropriação de bens da vida pelo homem.

Mas, além disso, assim como em tantas situações de direitos fundamentais, guarda relação de mútua interdependência, indireta, com muitos outros destes direitos, na medida em que deles depende a sua efetividade, e em que são todos aplicação e condição para o alcance da dignidade humana, como a educação e a participação democrática.

6.4 A supraestatalidade

Por fim, a farta existência de Declarações, Convenções, Tratados e Protocolos internacionais em matéria ambiental, sejam com tratamento amplo da matéria, sejam voltados para aspectos específicos do meio ambiente (Zonas Úmidas, Direito do Mar, Flora e Fauna, Camada de Ozônio, Emissão de gases poluentes, Proteção das Águas, etc.), conduz à convicção de ser esta uma preocupação que está estabelecida na ordem jurídica internacional.

Como se sabe, a ordem jurídica internacional possui características bastante peculiares em relação à obrigatoriedade e modo de criação de suas normas, posto que estas não emanam de um ente soberano, com legitimidade para impor a sua observância. Ao contrário, ante a igual soberania entre os Estados que a formam, somente por sua livre manifestação de vontade poderá cada Estado escolher sujeitar-se a

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., 2008, p. 105.

e cumprir tais normas e, ainda assim, não é possível submetê-lo a uma execução forçada dos mandamentos⁵².

A realidade, portanto, é que os Estados mantêm-se em constante relação com base em meios de persuasão, que lhes tornam atrativa a adesão às convenções internacionais, bem como prejudicial o seu desrespeito, fazendo com que os Estados se preocupem em atender as exigências supra-estatais, com vistas a obterem aceitação perante os demais Estados. É como coloca Pontes de Miranda, em seus Comentários à Constituição de 1967, Tomo IV⁵³.

O autor considera que os preceitos veiculados pela ordem jurídica internacional consubstanciam direitos supra-estatais, anteriores ao Estado, ao qual cabe, apenas, reconhecer-lhes, declarar-lhes, e definir-lhes as exceções, mas não criar-lhes, pois já estavam definidos pela ordem supra-estatal⁵⁴.

Sendo desta forma, certamente que o Estado poderá acolher os direitos supra-estatais na sua ordem interna, bem como ampliar o rol de direitos fundamentais como tais reconhecidos na sua ordem jurídica⁵⁵. Porém se o Estado não os acolhe, a existência destes direitos se manterá incólume, *a despeito* do seu reconhecimento expresso. Vejamos nas palavras do ilustre autor alagoano:

Os *direitos supra-estatais* são, de ordinário, direitos fundamentais absolutos. Não existem conforme os *cria* ou *regula a lei*; existem a despeito das leis que os pretendam modificar ou conceituar. Não resultam das leis: precedem-nas; não têm o conteúdo que elas lhes dão, recebem-no do direito das gentes. O Estado pode, em todo o caso, considerar absoluto direito que não

⁵² Por todos, conferir MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41/42 e 150.

⁵³ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 628.

⁵⁴ Idem Ibidem, p. 629/632.

⁵⁵ O que remonta à diferenciação exposta no início deste artigo (item 3), entre direitos humanos e direitos fundamentais, entendidos estes, por Pontes de Miranda, como possíveis de acolherem um rol maior, inclusive, do que os direitos supra-estatais. O que a concepção do autor acrescenta, no entanto, é o entendimento de que os direitos supra-estatais, mesmo não expressamente acolhidos internamente, existem e recebem proteção.

é supra-estatal, pôsto que não possa tornar mera garantia, ou excluir, direito supra-estatal.”⁵⁶ (grifos no original)

A proteção do meio ambiente, como visto, já foi alçada ao nível de direito supra-estatal. A regulamentação específica no Brasil, em certos aspectos, poderá mostrar-se até mais ampla e adequada, em outros, menor do que aquela internacionalmente prevista. Mas a consagração do meio ambiente como bem jurídico fundamental é uma só, com força jurídica supra-estatal, o que se revela como mais um critério para reafirmar o caráter fundamental do direito do meio ambiente, no sentido em que aqui defendido, cuja intenção é destacar o meio ambiente como valor essencial na ordem jurídica, a exigir proteção jurídica máxima, com ele compatível, e aplicação do direito como um todo em consonância com este bem fundamental, capaz de extrair a máxima efetividade, especialmente dos mecanismos processuais, para sua realização em concreto⁵⁷.

7. Considerações Finais

Partindo-se da importância de uma identificação daqueles valores fundamentais que informam toda a ordem jurídica, bem como da percepção da questão da proteção ambiental como crucial no cenário atual, buscou o trabalho discorrer sobre o direito do meio ambiente em relação àqueles critérios que foram reputados como satisfatórios para a consideração deste como um direito humano fundamental, em sentido material, a ser como tal considerado em toda a criação e aplicação do direito.

Conclui-se ser um direito humano fundamental pela importância material do bem jurídico a que se destina a proteger, tomando em conta a repercussão das violações ao bem ambiental em toda a atividade humana, bem como a amplitude dos efeitos que, em reciprocidade, todas as atividades humanas produzem no meio ambiente.

⁵⁶ MIRANDA, op.cit, p. 629.

⁵⁷ Na seara processual, ao dever de mera prestação jurisdicional, descompromissada e indiferente às necessidades do direito material, atualmente é acrescida, em coerência com as preocupações de efetividade dos direitos, a exigência de que seja realizada uma tutela jurisdicional que se possa qualificar como “adequada”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004)

Além disso, destacou-se a proteção ambiental como um valor cujo caráter fundamental já vem sendo considerado nas decisões supremas, quer no âmbito internacional, ou supra-estatal, quer no âmbito interno, em decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal que o utilizaram no sistema de ponderação e balanceamento de valores.

A adequação da qualificação do meio ambiente como bem jurídico fundamental em relação ao fundamento *ético* dos direitos humanos; as relações estreitas entre este bem jurídico e outros direitos fundamentais, especialmente a dignidade humana, mas também a vida, a saúde, o desenvolvimento econômico, a propriedade e a educação, e ainda, o caráter supra-estatal recentemente adquirido pelas preocupações ambientais foram outros argumentos concludentes, a estabelecer o inegável caráter fundamental do direito do meio ambiente, tudo com vistas a deixar assente a imperativa necessidade de que, à medida que se incrementa o conhecimento e a compreensão acerca do bem jurídico ambiental e sua indissociável manifestação em toda atividade humana, podendo-se, assim, fortalecer a aplicação do direito em que o ambiente seja respeitado como valor fundamental de filtragem constitucional.

ANEXO – Informativos do Supremo Tribunal Federal em Meio Ambiente

INFORMATIVO Nº 552

ADPF e Importação de Pneus Usados - 7

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Presidente da República, e declarou inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí insertos os remoldados. Ficaram ressalvados os provimentos judiciais transitados em julgado, com teor já executado e objeto completamente exaurido — v. Informativo 538. Entendeu-se, em síntese, que, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais revelaria que as decisões que autorizaram a importação de pneus usados ou remoldados teriam afrontado os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos artigos 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225, todos da CF (“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco

de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. ... 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.”). Vencido o Min. Marco Aurélio que julgava o pleito improcedente. ADPF 101/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 24.6.2009. (ADPF-101)

INFORMATIVO Nº 509

Materiais de Amianto: Proibição e Competência Legislativa -3

O Min. Joaquim Barbosa salientou, inicialmente, os graves danos à saúde provocados pelo amianto, citando doenças relacionadas ao seu uso, e o que disposto na Resolução CONAMA 348/2004, no sentido de reconhecer, de acordo com critérios adotados pela Organização Mundial da Saúde, a inexistência de limites seguros para a exposição humana ao referido mineral. Considerou que, à primeira vista, a lei impugnada não seria inconstitucional por duas razões. Afirmou, no ponto, que haveria uma norma a respaldar a postura legislativa adotada pelo Estado-membro, qual seja, a Convenção 162 da OIT, promulgada por meio do Decreto 126/91. Essa Convenção seria um compromisso assumido pelo Brasil de desenvolver e implementar medidas para proteger o trabalhador exposto ao amianto, uma norma protetiva de direitos fundamentais, em especial o direito à saúde e o direito ao meio-ambiente equilibrado. Tendo em conta a coincidência principiológica entre o texto constitucional e a Convenção, afirmou que esta deveria ser um critério para se avaliar as normas estaduais, e conferiu às normas da Convenção, no mínimo, o status supralegal e infraconstitucional. Ressaltou que, se a União, no plano internacional, assumiu o compromisso de adotar medidas no sentido de substituir a utilização do amianto crisotila, conforme os artigos 3º e 10 da Convenção 162, esse compromisso deveria ser utilizado também no plano interno em face das unidades federativas. A ADI 3937 QO-MC/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 4.6.2008. (ADI-3937)

INFORMATIVO Nº 493

Projeto de Integração do Rio São Francisco - 4

Vencidos os Ministros Carlos Britto, Cezar Peluso e Marco Aurélio, que deferiam o pedido de liminar, julgando prejudicados os agravos. O Min. Carlos Britto, apontando para a mudança do quadro fático, considerou não terem sido atendidas nem as condições impostas na decisão agravada, sobretudo no que concerne à realização das aludidas audiências públicas, nem as condicionantes estabelecidas na licença prévia. Enfatizou a existência de políticas públicas que,

por sua importância, como na hipótese, dependeriam de autorização do Congresso Nacional (CF, artigos 48, IV; 58, § 2º, VI; 165, § 4º) e que, em face do princípio da precaução, inscrito no art. 225, da CF, em caso de dúvida quanto à lesão ou não ao meio ambiente, dever-se-ia paralisar a atividade governamental, salientando, especialmente, o fato de o Rio São Francisco encontrar-se assoreado e poluído, precisando de revitalização. Na linha do que exposto pelo Min. Carlos Britto, os Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio ressaltaram a possibilidade de dano irreversível ao meio ambiente. ACO 876 MC-AgR/BA, rel. Min. Menezes Direito, 19.12.2007. (ACO-876)

INFORMATIVO Nº 431

Compensação por Empreendimentos de Significativo Impacto Ambiental - 1

O Tribunal iniciou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI contra o art. 36, caput e parágrafos, da Lei 9.985/2000, que determina que, nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, o empreendedor será obrigado a apoiar, nos termos que disciplina, a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral. O Min. Carlos Britto, relator, julgou improcedente o pedido formulado. Ressaltou que a Lei 9.985/2000, tendo em conta o especial trato conferido pela Constituição Federal ao meio-ambiente, criou uma forma de compartilhamento das despesas com as medidas oficiais de específica prevenção em face de empreendimentos de significativo impacto ambiental. Afirmou que esse compartilhamento-compensação ambiental não viola o princípio da legalidade, já que a própria lei impugnada previu o modo de financiar os gastos da espécie, nem ofende o princípio da harmonia e independência dos Poderes, visto que não houve delegação do Poder Legislativo ao Executivo da tarefa de criar obrigações e deveres aos administrados. ADI 3378/DF, rel. Min. Carlos Britto, 14.6.2006. (ADI-3378)

O ARTIGO 201 E O PAPEL DA VÍTIMA: A LEI 11.690/08 À LUZ DA VITIMOLOGIA

Lívyra Ramos Sales Mendes de Barros

Graduada em Direito pela Faculdade de Alagoas e pós-graduada pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió. Desenvolveu trabalhos de pesquisa voltados ao estudo da vítima, às relações de gênero e ao sistema de justiça no Centro de Apoio às Vítimas de Crime de Alagoas.

Patrícia Ferreira Saraiva

Graduada em Direito e pós-graduada pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió. Foi advogada do Centro de Apoio às Vítimas de Crime de Alagoas e hoje realiza um trabalho no Projeto Mulheres da Paz pela Secretaria de Estado da Mulher, da Cidadania e dos Direitos Humanos.

*“(...) Uma flor nasceu na rua!
Passem de longe, bondes, ônibus, rio de aço do tráfego.
Uma flor ainda desbotada
ilude a polícia, rompe o asfalto.
Façam completo silêncio, paralistem os negócios,
garanto que uma flor nasceu.”*

Carlos Drummond de Andrade – A flor e a náusea.

“(...) As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei.(...)”

Carlos Drummond de Andrade – Nosso tempo

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A vitimologia e o processo vitimizante. 2.1. Noções gerais sobre Vitimologia. 2.1.1. Protagonismo da vítima. 2.1.2. Neutralização da vítima. 2.1.3. Redescobrimto da vítima. 2.2. As tipologias vitimais. 2.3. O processo vitimizante 3. O Artigo 201 do CPP e a vitimologia. 4. O papel da vítima e a nova lei. 5. O tratamento dispensado à vítima no processo penal. 6. A nova sistemática da Lei 11.690/08. 7. Preservação do Ofendido. 8. Alteração legislativa. 9. Atendimento à vítima. 10. Conclusão.

1. Introdução

Antes da Lei 11.690/2008, a tentativa mais ousada que a legislação realizou no que tange a preocupação com a vítima, foi o advento da Lei nº 9.099/95. Nos 14 anos da sua entrada em vigor, até os dias atuais, o ofendido teve grandes avanços rumo à saída do “ostracismo” o qual se encontrou por boa parte da história. Embora a

Lei dos Juizados Especiais Criminais tenha sido voltada a alguns tipos de crimes em específico, constituiu um postulado que dava oportunidade à vítima de aparecer no cenário do processo.

Com advento da nova Lei, foram modificados diversos dispositivos do Código de Processo Penal, alterando o capítulo antes denominado “Das perguntas ao ofendido” para chamar-se “DO OFENDIDO”. O artigo 201 e seus cinco parágrafos tratam a pessoa da vítima com mais preocupação visando sua valorização perante a persecução criminal.

As inovações do art. 201 estão atreladas ao conceito mor de proteção à dignidade da pessoa humana, e dos direitos inerentes a personalidade, quais sejam liberdade, integridade, imagem, honra, privacidade, desmembrando para outras garantias fundamentais como uma vida digna, como o direito de ir e vir, de ter sua intimidade preservada, de receber do Estado assistência sociopsicojurídica, inaugurando expressamente o que prega os estudos da Vitimologia moderna e buscando minimizar sobremaneira os efeitos do fenômeno da chamada vitimização secundária.

Mas será que o que foi implantado em 1947, por Benjamin Mendelshon constituiu farol inspirador para nossos legisladores?

2. A vitimologia e o processo vitimizante

Não podemos discutir os processos que levam a vítima a fatores de revitimização com o conseqüente estrangulamento de seu papel social diante do processo, sem demonstrar quais os estudos que já falavam sobre essa inserção da pessoa humana da vítima como sujeito de direitos.

Atualmente a nova concepção da vítima, inserida no fenômeno delitivo, é objeto de estudo da Vitimologia que passa a se desenvolver como ciência, com objeto, finalidade, métodos e postulados próprios.¹

Ocorre que, mesmo frente à chegada desses “novos tempos” para a vítima, o direito penal continuou sem dar destaque a este personagem, sem lhe dar um enfoque necessário para a real compreensão do fenômeno do crime, sua reparação e prevenção.

¹ PEDRA J.B., Alline. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.1.

Então é importante ressaltar qual a importância da vítima ao longo dos tempos, e o que originou os estudos que hoje vemos e qual a função dele frente a nossa sociedade.

2.1 Noções gerais sobre Vitimologia

A Vitimologia não é uma ciência nova. O termo “vitimologia” pode realmente ser recente, mas seu objeto vem sendo, ao longo dos tempos estudado.

Estes primeiros estudos surgiram em 1947, quando o advogado Benjamin Mendelsohn, numa conferência pronunciada no hospital da cidade de Bucareste, usou em público, pela primeira vez o termo “Vitimologia”, enquanto ciência biopsicosocial. Segundo Mendelsohn “devemos compreender que os limites da Vitimologia devem estabelecer-se em relação ao interesse da sociedade nos problemas das vítimas”. Nestes termos, definia-se a Vitimologia como “ciência sobre as vítimas e a vitimização.”²

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, houve a difusão das idéias e resultados dos estudos desta ciência nova. Segundo Pedra (ob. cit., 2005), o objetivo era prevenir os processos vitimizantes, pesquisar a personalidade e comportamento da vítima e buscar alternativas que assegurassem a reparação da agressão sofrida.

Foram três as vezes da história da Vitimologia ou do status da vítima do delito.³

A primeira, fase da vingança privada e da justiça privada, momento do protagonismo da vítima. Este momento se equipara as duas primeiras fases da história do direito penal. Na segunda fase, a de neutralização, a vítima marginalizada, ficou em segundo plano. Podemos comparar este período ao momento do direito penal em que o crime é uma transgressão ao Estado. E finalmente, o período atual, do redescobrimento, século que está assistindo à vítima sair do ostracismo período este não destacado pelo direito penal.⁴

² PIEDADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia: sua evolução no tempo e no espaço**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

³ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de & GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.65.

⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p.18. Ver, também, Alline Pedra (ob. cit., 2005, p.2).

Para Ana Sofia Schimdt de Oliveira, são quatro as fases que a vítima percorreu até os tempos atuais.⁵

Alline Pedra (ob. cit., 2005, p.3) ensina que o estágio atual está inserido no período humanitário, uma vez, que segundo a autora, a legislação atual é uma das mais humanas que tivemos, embora no que diz respeito à aplicação, há disparidades:

(...) verificamos as distorções, e o seu descumprimento por aqueles que ainda não compreendem que uma política criminal eficiente deve primar pelo respeito ao próximo e pela justiça aplicada de forma racional e neutra, sem resquícios das emoções vingativas de outrora.

A proposta sugerida pela Vitimologia atual e as bases que a fomentaram são a semente para o que se tem hoje, vez que o principal intuito desta ciência é dar a vítima o posicionamento que ela merece na relação criminal.

2.1.1. Protagonismo da vítima

A vítima, nos primórdios da civilização, teve o papel imprescindível na punição dos autores de crimes. Também chamada de “Idade de ouro”, ensina Fernandes (ob.cit.,1995), esta fase se caracteriza pela vingança ou justiça privada, período que corresponde desde o início da civilização até o fim da Alta Idade Média e início na Baixa Idade Média (século XII), fase a qual a punição dos autores dos crimes ficava por conta das próprias vítimas.

AllinePedra (ob. cit., 2005) destaca que o crime era a violação de um tabu (lei dos deuses). Nesse período, acreditava-se que quando se cometia um crime, a ira dos deuses era instigada e recaía de forma maléfica sobre todos os membros da tribo. Temendo os castigos das divindades em toda a tribo, a vítima buscava por si mesma, a punição do agressor. Só assim, a ira divina seria aplacada, evitando o castigo dos habitantes.

⁵ Para a autora, tivemos o período da vingança privada, que corre desde os primórdios até o fim da Alta Idade Média; da vingança pública, com a crise do feudalismo e o surgimento da Inquisição, onde, no conflito, o Soberano substituiu a vítima; o período humanitário, a partir do século XVIII; e o estágio atual, ao qual cada autor atribui um título diferente. (OLIVEIRA, Ana Sofia, apud PEDRA J.B., Alline, 2005, p.2-3).

Outro tipo de castigo, considerado a pior das punições, era o banimento. O ofensor ficava entregue a sua própria sorte. Com isso, outras tribos rivais acabavam por mata-lo. Para os danos mais leves, a punição era de menor intensidade. Mas ainda cabia a vítima buscar a reparação ao mal causado.

Quando o infrator era estranho ao grupo, a resposta ao tabu era a imposição de males físicos, tomadas de seus bens materiais e até a morte. A punição também recaía sobre a família e toda a tribo a qual pertencia o ofensor. Isso acontecia por não haver nenhum tipo de instituição jurídica nem legislações que previsse a reparação criminal.

Com o surgimento das organizações sociais, nasce a figura do juiz imparcial. Esta figura introduz uma nova percepção sobre a aplicação da pena. A admissão de uma terceira pessoa na relação criminal instaurou a Ação Penal Privada (OLIVEIRA, ob. cit., 1999).

Nesse contexto, surge o primeiro código romano escrito, a Lei das XII tábuas. Essa lei – Lei de Talião – determinava que o mal causado deveria ser reparado de maneira proporcional ao mal sofrido, equivalendo-se vítima e infrator.

A vítima nessa fase ocupava um papel de destaque. “Acrescentamos, ainda um tanto quanto bárbara esta forma de punição, mas, se comparada ao momento em que vivíamos, representa um avanço, e um embrião do princípio da proporcionalidade”. (PEDRA, ob. cit., 2005, p.5).

Portanto, o papel utilitário da vítima, como mero repositório de informações (OLIVEIRA, ob. cit., 1999), é o ponto inicial da fase que chamamos de neutralização da vítima.

2.1.2. Neutralização da vítima

O ponto culminante que levou a vítima a perder seu papel primordial na solução dos conflitos penais se deu, sobretudo, com a assunção do Estado e do Direito Penal como instituição pública, na aplicação do poder punitivo (PEDRA, ob.cit., 2005).

Antes de o Estado Moderno tomar para si o poder e impedir a vingança privada, à Igreja, aos Senhores Feudais e aos Reis, cabia a punição do estado, incluindo castigos severos, a condenação de ordem pecuniária e apropriação dos bens (PEDRA, ob. cit., 2005), os quais

administravam os valores angariados repassando uma ínfima parte para as vítimas.

A vítima então passa a ser desnecessária para a elucidação e efetiva repressão dos crimes, pois o delito passou a ser uma ofensa a toda sociedade e a toda a ordem, não mais ao indivíduo, tendo o Estado o dever de coibi-lo.

A vítima passa a exercer um papel secundário, pois o direito penal surge como matéria de ordem pública, e o crime passa a ser ofensa à boa ordem social, cabendo ao Estado reprimi-lo, e não mais à própria vítima. A vítima, ocupando então uma posição periférica, tem o exercício de suas próprias razões, anteriormente legitimado, agora definido como crime. (PEDRA, ob. cit., 2005, p.7).

Com o nascimento do Processo Penal e do Estado assumindo controle do *jus puniendi*, surge também um personagem, que até então não existia: o procurador (OLIVEIRA, ob.cit.,1999). No cometimento do crime, a figura do procurador teve a função de representar a vítima, fazendo seu papel.

O objetivo do Estado na intervenção dos conflitos era o de afastar a rivalidade entre o agressor e a pessoa ofendida, vez que o julgamento com a imparcialidade estatal, afastaria a crueldade das vinganças aplicadas aos autores dos crimes.

Alline Pedra Jorge diz que foi essa fase que a vítima, mais do que nunca foi considerada tão somente sujeito passivo do crime, como se esta não fizesse parte da trama. (PEDRA, ob.cit.,2005, p.8).

Nessa fase, o modelo usado para alcançar a verdade, era a Inquisição. Usado pelos tribunais eclesiásticos, foi o método precursor que inspirou o inquérito policial que temos até os dias de hoje (PEDRA, ob. cit., 2005).

Segundo o procedimento de Inquisição, os fatos deveriam ser reconstruídos, quando não havia o flagrante. Com isso, a vítima era retirada do papel principal do cenário criminal e foi relegada à função meramente informativa. Quando o Estado assumiu o processo de investigação, a vítima não era mais necessária. Diferentemente da “Idade de ouro” ela não mais escolhia a punição do seu algoz (PEDRA, ob. cit., 2005).

Contrariando o objeto principal do nascimento do processo, que visava a humanização das penas aplicadas aos agressores, a legislação penal desse período foi marcada pelas atrocidades cometidas nas execuções das penas, passando esta a ter um caráter extremamente rigoroso e intimidativo.

Então, a proposta vingativa ao mal causado tinha apenas mudado na esfera aplicativa, vez que, ao invés da vítima aplicar os castigos, quem o fazia agora era o Estado. “A parcialidade e a intenção de vingança permaneciam, só que desta vez exercida pelo legitimados publicamente para tal. A vingança deixa de ser privada para ser pública” (PEDRA, ob.cit., 2005), e a severidade da punição também permanecia.

Também nessa época, as medidas de caráter pecuniário foram vastamente ampliadas. Sendo o Estado responsável pela punição do agressor, confiscava os bens derivados das multas penais, tendo para a reparação do crime o caráter lucrativo aos cofres públicos (PEDRA, ob.cit., 2005).

Esta fase durou até a Revolução Francesa e o Iluminismo, sendo este período cenário das idéias humanitárias, inaugurando uma nova época para as vítimas. (PEDRA, ob. cit., 2005).

2.1.3. Redescobrimiento da vítima

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, e o fim do Holocausto, as atenções para as vítimas e o movimento em defesa dos direitos humanos intensificaram-se. Houve toda uma preocupação, no respeito às infrações penais, o crime, o crescimento da criminalidade e com isso, a criação de órgãos que protegessem a ordem internacional, que visassem às minorias, os desprotegidos, dando amparo aqueles que passassem por processos vitimizantes (PIEDEDE JUNIOR, ob. cit., 1993).

Nesse contexto nasceram os movimentos cujo objeto de preocupação era a vítima. Após a Segunda Guerra Mundial, começou-se a debater o papel da vítima, que passou a ser estudada como parte da dinâmica do delito. (PEDRA, ob. cit., 2005). A pessoa ofendida tem nesse contexto um tratamento humano e não mais mera peça participante do processo criminal.

Sem entender por que as vítimas eram relegadas com tamanho desinteresse, em 1947, em Bucareste, o professor e advogado Benjamin Mendelsohn afirmou ser impossível se fazer justiça esquecendo-se das vítimas (PEDRA, ob. cit., 2005). Em 1956, Mendelsohn publica seu primeiro trabalho: “A Vitimologia”, afirmando se tratar de “um novo horizonte na ciência biopsicossocial”.

Com isso, expandiram-se em grande parte do mundo obras tratando do tema, mas só na década de 70 é que o movimento vitimológico ganha efetiva representação. A Sociedade Mundial de Vitimologia é criada em 1979 e no Brasil, como não poderia deixar de se inserir nessa nova tendência, foram sentidos os reflexos nesse novo contexto que se manifestava em todo o mundo. (FERNANDES, ob. cit., 1995).

Todavia, apesar da vítima ter adquirido espaço e institutos que se preocupassem em estudá-la, ganhando mais representação e vez no panorama processual, os estudos desta fase refletiram também idéias que deixavam muitas vezes a figura da vítima em uma situação pior que a fase de neutralização, onde a ela somente exercia um papel informativo.

A título de exemplo, citamos a tipologia da vítima, construída neste período inicialmente por Mendelshon, e depois atualizada por Hans von Henting na década de 1940, bem como por outros pesquisadores⁶, que classificam a vítima no contexto do crime de acordo com uma escala que vai da maior à menor contribuição para a consumação do delito, tudo isto de acordo com o seu comportamento. Desta forma, a vítima deixa de ser sujeito passivo, para ser vista como sujeito integrante do contexto criminal (PIEADADE JUNIOR, ob. cit., 1993).

Atualmente, a Vitimologia tem outras preocupações diferentes daquelas que deram origem aos seus estudos. A classificação da vítima em inocente, provocadora, colaboradora é utilizada meramente pela doutrina ou por advogados de defesa que procuram na vítima uma justificativa para o consentimento dos atos bárbaros dos seus clientes.

⁶ Além de Mendelsohn, Heiting outros pesquisadores preocuparam-se com a classificação da vítima, como Ellenberger, no Canadá, Graven na Suíça, Schafer na Inglaterra, Israel Drapkin, em Israel, Jiménez de Asúa, na Argentina, e Margery Fry, também na Inglaterra.

Segundo Piedade Junior (ob. cit.,1993), hoje, nos países onde a Vitimologia teve promissores avanços, científicos, sociais e jurídicos, a tipologia da vítima ficou em um plano secundário.

A Vitimologia moderna tem o objetivo de estimular a criação de programa de assistência às vítimas de crimes, mudanças legislativas que valorizem e proteja a pessoa da vítima, sua maior participação na justiça criminal. Busca também meios que orientem-na à reparação necessária pelo dano sofrido.

Em termos de Brasil, “no século que está assistindo a vítima sair os ostracismo” (FERNANDES, ob. cit.,1995, p.8), desde 1996 o nosso Estado tenta de algum modo, compensar a vítima, e começa a procurar mecanismos para que os direitos das vítimas sejam garantidos e protegidos.

Portanto, faz parte do rumo da prática penal a tendência a se preocupar com a vítima, sua valorização e a reparação pela ofensa que lhe ocorreu. Isto não quer dizer que os acusados serão abandonados, ou que seus direitos adquiridos serão subtraídos. O que a Vitimologia moderna busca, é trazer a vítima à um patamar não só assistencial, mas também de garantia aos seus anseios no processo criminal. Não se quer com isso garantir e retirar direitos, mas de colocar cada um com o que é seu devidamente: ao ofendido, a punição pelo ato que cometeu, e a vítima uma resposta do sistema pelo dano que lhe foi causado.

2.2. As tipologias vitimais

Quando se começou a despertar o interesse pela problemática do crime, a vítima passou a ser estudada não mais como sujeito passivo na relação criminal, mas como parte integrante e até mesmo, determinante na ocorrência do crime.

Os estudo com a vítima aprofundavam-se cada vez mais em seus aspectos biológicos, antropológicos, psicológicos e jurídicos, numa reflexão multidisciplinar. Foi assim que surgiu a tipologia da vítima. (PIEADADE JUNIOR, ob. cit.,1993).

Em linhas gerais, a Vitimologia classifica a vítima de acordo com uma escala que vai da maior à menor contribuição para a consumação do delito, de acordo com o seu comportamento.

Dentre as classificações, destacamos a de Mendelsohn que distribuiu as vítimas em cinco classes.“A vítima inteiramente

inocente; a de culpabilidade menor, que dá um certo impulso involuntário ao crime; a vítima tão culpada quanto o infrator, que adere a sua conduta ou a sugere; a vítima mais culpada que o delinqüente ou provocadora, que incita a prática do crime com sua conduta, resultando como vítima da ação de alguém que ela mesma provocou, como que obrigando o agente do delito a atuar contra sua pessoa; e a vítima inteiramente culpável ou agressora, que inicia a conduta como agressora e termina sendo vítima”. (PIEDADE JUNIOR, 1993, p. 100; PEDRA, s.d).

Esse tipo de classificação explica apenas o nível de interação entre autor e vítima do crime, levando a crer que existem vítimas que provocaram sua própria vitimização, como explica Oliveira (op. cit., 1999). Desta forma, tipologias como essa, por vezes, são utilizadas para a aplicação da pena, respaldando-se na análise do comportamento da vítima e sua suposta contribuição ou provocação para o ato criminoso.

Apesar das severas críticas que as tipologias receberam, os advogados de defesa, sobretudo nos crimes sexuais, ainda lançam mão desse artifício, no intuito de responsabilizar a vítima pela agressão que ela sofreu. Todavia, isso nada mais é do que tentar justificar, mesmo que absurdamente, na pessoa ofendida uma suposta parcela de culpa para o acontecimento de ações inaceitáveis, e sobrecarregá-la como merecedora das ações delituosas praticadas contra si mesma.

E é por isso que apesar das tipologias terem sido muito utilizadas, hoje despertam pouco interesse prático. Piedade Junior, entende que a única contribuição das tipologias foi o de mostrar que a vítima não era uma figura de passiva, inocente e nem tinha o papel da pessoa vencida, derrotada. “Ao contrário, a Vitimologia tornou evidente que a vítima pode ter exercido uma cooperação relevante, acidental, negligente ou dolorosa na conduta do agente.”(PIEDADE JUNIOR, 1993, p.106).

Tentativas como essas de justificar uma suposta contribuição da vítima para vir a achar que ela mereceu a violência sofrida, além de colaborar para o desrespeito e a banalização à pessoa vitimizada, ainda faz com que ela seja submetida reiteradas vezes a processos de vitimização, além de não buscar o combate efetivo dos atos violentos e da discriminação dos que vivenciam situações vitimizantes.

A Vitimologia moderna, ao contrário, busca a proteção da pessoa agredida, acompanhando a legislação no intuito de valorizar a vítima e garantir seus direitos, bem como estudar os processos de vitimização e

garantir políticas assistenciais para a proteção da pessoa ofendida, e não mais tentar mostrar uma co-participação da vítima na agressão que ela mesma sofreu, atenuando a culpa do agressor, na justificativa de que a pessoa agredida participou e/ou contribuiu para o acontecimento do delito (PEDRA, ob.cit., 2005).

2.3. O processo vitimizante

Para Heitor Piedade Júnior, vitimização ou processo vitimizatório é a ação ou efeito de um indivíduo ou grupo de se vitimizar ou de ser vitimizado por terceiros. Há nesse sentido, segundo o autor, a clássica dupla vitimal, com a vítima de um lado e o agressor de outro. Segundo Heiting “é a vítima, que por vezes, plasma o criminoso” (PIEDADE JUNIOR, ob. cit., 1993, p.107).

Então, a vitimização não é um ato unilateral, onde há uma ação por parte da própria vítima ou de terceiro. “Existem inúmeros processos de vitimização que as pessoas sofrem de forma despercebida. Ou talvez até percebam a agressão e se sintam prejudicadas, mas não procuram mecanismos legais para fazer parar seu sofrimento, omitindo-se ou se reiterando do contexto que está provocando a vitimização” (PEDRA, ob. cit 2005, p. 21).

Não só pessoas, as vítimas desse processo vitimizatório podem ser também, grupos sociais, países, instituições. Basta que estes passem por processos de degradação, limitação e violência. A vitimização pode acontecer de diversas formas, desde a agressão física e/ou psicológica doméstica, por exemplo, ou mesmo a privação dos direitos básicos e as garantias sociais que são destinadas aos cidadãos.

Os indivíduos acometidos pela violência (agressão) direta, na forma de lesão ou ameaça, ainda que interrompida a agressão, sofrem ainda com as conseqüências deste ato criminoso, seja na forma da discriminação social ou da dificuldade ou impossibilidade de acesso aos órgãos públicos, ou ao sistema penal.

Portanto, concordando com Alline Pedra, vitimizar nem sempre advém de um crime, nem de um prejuízo, agressão ou ofensa, que deixe conseqüências como o trauma. Após o delito, a vítima pode ser levada a várias etapas de vitimização, especialmente quando o sistema a trata com desrespeito e pouco interesse, fazendo com que esta vítima seja violentada secundariamente.

3. O Artigo 201 do CPP e a Vitimologia

O artigo 201 no novo Código de Processo Penal estabeleceu de fato uma verdadeira oxigenação no sistema de leis penais. As alterações como estão postas, tem a nosso ver o objetivo precípua de valorizar a vítima e torná-la sujeito de direitos.

O que se notava até então é que a vítima, embora com novos estudos voltados para ela, na prática, ficava relegada meramente a função de depositário de informação, o que gerava nesta uma perspectiva frustrante.

Já estava na hora das vítimas serem ouvidas e compreendidas nos seus anseios, para inclusive o se fazer valer o andamento concreto da justiça. A maioria das pessoas que já sofreram agressões, desejavam ser tratadas no âmbito do processo como seres humanos, que apesar de terem sido acometidos por ações violentas teriam a oportunidade de se posicionar perante o processo que resolveram mover, sem portanto constituir apenas dar notícia do que aconteceu no dia do crime.

No sistema penal atual, os conflitos são decididos por pessoas estranhas e as partes originalmente envolvidas desaparecem. Aquela que é representada pelo Estado – a vítima – só tem papel de desencadear o processo e prestar algumas informações. A vítima é uma perdedora diante do autor da infração e diante do Estado; não recupera o que perdeu para o infrator, pois as penas não levam em conta seus interesses, e perde ainda a oportunidade de vivenciar de forma positiva o conflito, que não é mais seu. A localização das salas de julgamento nos tribunais das cidades grandes, a ritualização dos atos, a linguagem peculiar – uma verdadeira subcultura –, tudo afasta a vítima que, quando comparece em juízo, percebe que seu conflito é propriedade dos advogados, dos promotores, dos juízes. A despersonalização dos conflitos reflete o desempenho dos papéis sociais; nas sociedades industrializadas, as pessoas se conhecem em fragmentos, de acordo com os papéis que desempenham em cada cenário da vida, e o sistema penal não oferece oportunidade para que as partes e os operadores atuem como seres humanos integrais.⁷

O abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos: no Direito Penal (material e processual), na Política Criminal, na Política Social, nas próprias ciências criminológicas. Desde o campo da Sociologia

⁷ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. Ob. cit., 1999.

e da Psicologia social, diversos autores, têm denunciado esse abandono: O Direito Penal contemporâneo – advertem – acha-se unilateral e equivocadamente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, no âmbito da previsão social e do Direito civil material e processual".(MOLINA & GOMES, 1997)⁸

Isso se deu, pois apesar da Vitimologia e de uma política vitimológica estarem difundidas largamente através dos anos, poucos a conhecem e a aplicam.

É comum professores, juízes, promotores e, sobretudo advogados não saberem sequer do que se trata essa tal ciência, e os que têm uma vaga idéia, usam-na erroneamente, no intuito de reverter os papéis entre vítimas e criminosos remontando a tais tipologias vitimais, há tempos superadas.

O que nos parece ainda mais gritante, é que o entendimento da vitimologia ajuda necessariamente a melhor compreender o intercâmbio existente entre a vítima e justiça penal, ou seja, o desconhecimento desses estudos invalibiza a interação entre os sujeitos, desequilibrando assim, o processo criminal.

Depois de tanto se discutir essa temática, já não se concebe a idéia de ter o ofendido como mero transmissor de informação, desatrelado do momento processual. Este indivíduo tem toda uma carga de sofrimentos, receios, interesses que devem ser avaliados e mensurados.

Então, diante da legislação vigente, era indispensável se fazer algo voltado para a proteção da vítima e buscar consequentemente seu posicionamento como sujeito de direitos. Eis que surge uma nova Lei no nosso Código de Processo Penal, Lei nº 11.690/2008 com mudanças de ordem material e processual.

Avaliaram-se primeiramente as necessidades do ofendido para que se minorassem as distâncias que havia entre a garantia de seus direitos e do agressor. Talvez por sofrer retaliação no sistema penitenciário, existia uma tendência a se observar a garantia dos direitos humanos do ofensor, enquanto a vítima ficava posta de lado, como se não fizesse parte do processo.⁹

⁸ MOLINA, Antônio García-Pablos de & GOMES, Luiz Flávio. Ob. cit. ,1997.

⁹ Não queremos aqui fazer discussão de modo a extirpar os direitos do acusado, mas somente demonstrar a carência de um tratamento equitativo e respeitoso

Então, a nova lei e com capítulo próprio cujo título dá ao ofendido importância, notoriedade e, sobretudo a exclusividade pioneira, valoriza a vítima, reconhece os postulados científicos da Vitimologia, além de, desta forma, considerá-la sujeito de direitos, participando sempre da dinâmica do feito como ensina o professor Heitor Piedade Júnior.

4. O papel da vítima e a nova lei

Alline Pedra, diz que a Vitimologia quer, principalmente colocar o ofendido em um patamar de respeito e igualdade de direitos, pois “(...)é quem realmente sofre a ação delitiva, e raras vezes consegue participar ao menos da persecução criminal, quem dirá ser indenizada.” Em seu artigo *Mas o que é essa tal Vitimologia?* previa que “(...) Os novos rumos da justiça criminal estão apontando para uma maior valorização da vítima, e principalmente para o caráter público da reparação do dano que lhe fora causado.”¹⁰

As consequências desse esquecimento, que perdurou até o advento da nova legislação podem ter consequências muito extensas. Quando a pessoa da vítima vai buscar a reparação por danos sofridos, termina por ser lesionada mais uma vez, dar-se-á ensejo a toda uma cadeia de ações e reações, quais sejam o próprio distanciamento do ofendido do sistema de justiça e até a impunidade.

Diante do exposto, será que podemos dizer que nossos legisladores, após a análise desses questionamentos e preocupados com a pessoa da vítima e todo o seu processo de revitimização buscaram na Vitimologia solução para diminuir as dissonâncias entre vítima e agressor?

A nova lei parece que foi inspirada no que ensina a Vitimologia moderna, e sua preocupação com políticas que tratam a vítima com a mesma importância que se tem o agressor ao longo do curso processual.

para o ofendido, levando-se em conta à sua dignidade e privacidade; segurança; além da comunicação sobre todo o andamento do processo, bem como sobre o agressor e sua condenação, sentença, prisão e liberação. Isso além de tentar dirimir a dicotomia que existem entre os personagens do crime é uma questão, muitas vezes, de vida e liberdade das vítimas.

¹⁰ PEDRA J.P., Alline. **Mas o que é esta tal Vitimologia?** Coletânea de Direitos Humanos - Fórum Permanente contra a Violência (no prelo, s.d).

Nunca se teve uma preocupação tão evidente com a vítima e seus interesses legítimos, sua segurança e porque não falar de seu bem estar dentro durante o fluxo do processo. Esse tratamento mais humanitário perpassa a pessoa da vítima e trás somente vantagens a elucidação de crimes e a reparação dos danos causados as pessoas que sofreram ações violentas. Além disso, dá à justiça a função primordial que é tratar dignamente e igualmente os sujeitos envolvidos e é isso que a lei, inspirada pelos ensinamentos da vitimologia quer.

5. O tratamento dispensado à vítima no processo penal

A reforma operada em específico pela Lei 11.690, demonstrou uma preocupação do legislador com a pessoa vítima no processo penal. Esta, antes vista como um “figurante” na relação criminosa e processual advinda desta violação à norma, como mera fonte de prova, objeto material sobre o qual recai o ilícito, mereceu um maior relevo na lei processual quando foram estabelecidos mecanismos de efetiva participação e acompanhamento da vítima ao processo, bem como medidas para assegurar a integridade física e o bem-estar da mesma. Tais alterações, se cumpridas, possibilitarão uma nova visão da vítima que deixará de ser mero sujeito passivo do crime, para ser efetivamente parte inerente ao processo.

O ofendido que ao pleitear seu direito subjetivo de requerer a tutela jurisdicional, seja pelo exercício do Estado, no caso de ação pública, seja pelo próprio particular vitimado em se tratando da ação privada, busca uma resposta estatal ao mal que lhe foi causado.

Apesar de mostrar-se como parte intrinsecamente interessada no desenrolar do processo, a vítima, pela sistemática anterior não precisava, no caso de ação pública, ser intimada de qualquer ato processual praticado, somente quando esta era convocada a prestar declarações o que na prática se mostrava em raras ocasiões quando eram arroladas pelo Ministério Público, ou seja, com o interesse tão somente na versão que lhe cabe dos fatos, na perquirição de meios de prova, o que se demonstra de fato importante para busca de uma condenação, mas não é o fim em si mesmo de sua participação.

Ora, este desamparo para com as vítimas abandonadas pela máquina estatal, reflete-se em um desestímulo da mesma em acionar o poder judiciário, haja vista ficar relegada à própria sorte dos acontecimentos que permeiam o processo criminal em que está

envolvida, caso não possua advogado particular ou membro do Ministério Público preocupado em lhe passar estas informações. Não saber o que se passa no processo, não saber o deslinde do caso, se os procedimentos estão seguindo a estrita legalidade, não receber um tratamento adequado, faz surgir o que se chama de “vitimização secundária” que se traduz em um “dano adicional que causa a própria mecânica da justiça penal formal em seu funcionamento”.¹¹

6. A nova sistemática da Lei 11.690/08

Atualmente, conforme leitura no art. 201, §2º, há expressa previsão de que o ofendido, ainda que não habilitado como assistente de acusação, seja comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e saída do acusado da prisão (o que demonstra preocupação também com a segurança da vítima), à designação de data para audiência e à sentença e acórdão que a mantenham ou modifiquem.

Essas mudanças possibilitam que a vítima possa acompanhar de perto o andamento da persecução criminal, não só participando do momento da produção probatória, mas tomando conhecimento dos atos relacionados ao acusado, da instrução processual como um todo e da sentença proferida, ou seja, deixando de ser, numa análise maior, objeto de direito para ser sujeito de direitos, consubstanciado no exercício de sua cidadania.

Questiona-se, contudo quais as consequências advindas pela inobservância deste mandamento de comunicação ao ofendido. Haveria nulidade ou mera irregularidade? Há entendimento nos dois sentidos. Do ponto de vista de efetividade da lei, faz-se necessário haver algum tipo de sanção processual em caso de descumprimento, para evitar que se torne “letra morta” e a vítima continue a par das repercussões processuais.

7. Preservação do ofendido

Ser vítima, ou na melhor concepção vitimológica, estar vítima, é uma tarefa bastante árdua frente ao nosso sistema penal. Estar nessa condição implica em uma violação infligida pelo crime cometido e secundariamente outras tantas praticadas pelo próprio Estado, que se afigura na “vitimização secundária” já referida.

¹¹ CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**, traduzida por Eliana Grania et alli, 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

A via *crucis* enfrentada pela vítima na busca de uma resposta ao mal sofrido faz com que esta seja desestimulada a procurar a justiça. Já na primeira ação, quando vai fazer a *noticia criminis*, depara-se com uma Delegacia de Polícia desestruturada e com profissionais não qualificados para fazer seu acolhimento e lhe proporcionar um ambiente seguro, sendo seu relato na maioria das vezes recebido de maneira fria e perante diversas pessoas, sejam agentes policiais ou outras vítimas e agressores que aguardam para serem atendidos.

Já na fase processual, o desprestígio da vítima e a despreocupação com essa figura são de toda ordem: encontro com o acusado nos corredores do Fórum; Juízes insensíveis que não questionam se a presença do réu na sala de audiências quando das declarações da vítima a incomoda, possibilitando sua saída; julgamentos desarrazoados por parte dos magistrados e mais acentuadamente da defesa, na intenção de desqualificar a vítima, colocando-a na posição de provocadora do crime; Defensoria Pública essencialmente voltada para o réu; Ministério Público preocupado em fazer o seu *mister*, ou seja, a acusação, pouco importando-se com a vítima e sua satisfação.

Diante dos percalços sofridos pelo ofendido no cotidiano da prática forense é frequente a sua desistência do processo quando é titular da ação ou sua falta de interesse em se inteirar do andamento da ação pública. Tal situação proporciona um descrédito na polícia e no poder judiciário que no lugar de serem vistos como espaços de exercício da cidadania, acabam por violar ainda mais os direitos de quem os procura, favorecendo, em última análise a impunidade.

8. Alteração legislativa

A lei 11.690, mudando um pouco o panorama acima apresentado, promove uma mudança na perspectiva da vítima durante a persecução penal vendo-a “como pessoa que merece proteção e amparo do Estado, não só quanto às pretensões materiais e resguardo individual, mas também para que não seja atingida pelos efeitos diretos e indiretos do processo, como exposição à mídia, traumas psicológicos, risco a integridade física, dentre outros”.¹²

¹² ALENCAR, Rosnar; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

No §6º, do art. 201, o legislador previu que o Juiz tomará providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo ainda, para coibir a exposição aos meios de comunicação, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos. Há ainda a previsão de um espaço reservado para o ofendido antes da audiência e durante sua realização (§4º).

Após anos de esquecimento, a vítima mereceu um certo destaque na legislação, sendo um importante instrumento para coibir que haja maiores danos para esta figura, especialmente nos crimes sexuais. Faz-se necessário observar se esta previsão está sendo cumprida, se os magistrados estão mesmo aplicando providências nesse sentido. Será que eles são sensíveis o bastante para observar quando são necessárias? O que fazer? Quais medidas tomar? Qual o interesse da vítima? São conhecedores do sistema de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas? Quais políticas públicas poderiam ser acessadas em socorro às necessidades das vítimas? Há espaços no Fórum para garantir esse lugar reservado? Sua real aplicação significa resguardar a vítima de exposições, garantindo sua proteção, possibilitando-lhe uma maior segurança para perseguir suas pretensões.

9. Atendimento à vítima

Alteração das mais significativas, sem dúvida, foi a que estabelece que o Juiz possa encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar ainda às expensas do ofensor ou do Estado (§5º). Andou mal o legislador quando não estabeleceu ser esta providência de cunho obrigatório, pois deixar a critério do Juiz, que se mantém afastado da vítima, de suas angústias, necessidades, dúvidas, aflições, esse encaminhamento poderá fazer com que não haja essa aplicação, continuando a vítima abandonada à própria sorte.

Esse atendimento multidisciplinar é de suma importância, levando-se em consideração que o crime traz consigo consequências de toda ordem, que não apenas uma resolução no judiciário consegue dirimir, necessitando da intervenção de outras áreas como as citadas no corpo da lei, psicossocial e de saúde para dar um suporte maior à vítima. Vale registrar que existem os Centros de Apoio às Vítimas, presente na maioria dos Estados, que oferece assistência jurídica, psicológica e social gratuita e com atendimento qualificado às vítimas de crimes.

10. CONCLUSÃO

Embora a mudança da lei e o papel das vítimas quando mudados constitua um marco louvável para os estudos vitimológicos, o que nos preocupa enquanto participantes desse processo é se nossos aplicadores jurídicos cumprirão o que o Novo Código de Processo Penal determina.

Não adianta ter a letra da lei isoladamente. É preciso também uma mudança radical nas mentes e valores de quem vive diariamente com o cenário do crime. A lei precisa se fazer valer na sua inteireza, sendo cobrada por todos que a aplicam. As vítimas precisam ser orientadas de que elas possuem esses direitos e garantias.

Esse tipo de mudança causará não só maior segurança para dar continuidade ao processo, que já é um caminho demorado e doloroso, mas poderá inclusive contribuir para a diminuição da impunidade.

Portanto, inspirados pela vitimologia moderna ou não, essa lei busca a proteção e a garantia da pessoa da vítima, mostrando que também há espaço para ela durante a persecução processual.

O que não se pode esmorecer são as constantes fiscalizações, se há o cumprimento efetivo do artigo 201 e seus parágrafos por juizes, promotores, que ainda que se preocupando com a ordem pública, olhe para a pessoa do ofendido com igualdade material na busca de seus direitos garantidos.

Os advogados das vítimas terão papel fundamental lutando por seus interesses no efetivo cumprimento das mudanças, devendo ser verdadeiros conhecedores de todos os mecanismos que tragam um tratamento mais digno, justo e igualitário para o ser humano vítima.

A nosso ver, o objetivo primordial para as transformações realizadas pela nova lei foi garantir ao ser humano vítima um tratamento mais justo e igualitário e a preservação de seus direitos e interesse pela justiça penal.

Esperamos, todavia, que a Lei não constitua fato pontual no direito, mas que a vitimologia seja uma das bases estruturais que formarão uma nova tendência inspiradora para as legislações que virão.

CONSTITUIÇÃO E CRIME ANÁLISE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL

Vivianny Kelly Galvão

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Membro do Laboratório de Direitos Humanos da Universidade Federal de Alagoas. Advogada.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito de Assédio Moral. 2.1. Assédio Moral como violência. 3. Direitos fundamentais violados pelo *Psicoterror*. 4. Intervenção penal legislativa. 4.1 Projeto de Lei n.º 4.742/015. 4.2 Projeto de Lei n.º 5.971/01.. 5. Tutela penal dos Direitos da personalidade. 6. Conclusão.

1. Introdução

Estilo, costume de vida, organização social, tudo isso caracteriza a modernidade. Essa concepção surgiu na Europa a partir do século XVII. Historicamente, ajuda na reflexão do nosso tempo, dos rumos do hoje e do porvir. Esse processo, de analisar o passado e o presente, torna possível compreender os fenômenos sociais atuais¹.

A modernidade nos desafia a conviver com as diversas pessoas e situações decorrentes dos grandes avanços tecnológicos. Ao mesmo tempo em que nos apresenta a segurança, nos deparamos com riscos. Vivemos com grandes contrastes. Os avanços das ciências melhoram a qualidade de vida humana, mas, também, expuseram o homem e sua dignidade a perigos típicos da modernidade. Tomemos por exemplo as relações de trabalho. Comumente, com a falsa desculpa de um mercado competitivo, os empregadores submetem seus empregados a revistas íntimas. Ou os celulares, hoje meios de comunicação cada vez mais eficientes, que tornaram mais dinâmicas as vidas dos indivíduos. Entretanto, esses aparelhos são facilmente “monitorados” por terceiros desautorizados, fato violador dos direitos inerentes a sua personalidade.

¹ LEITÃO, Cleite Figueiredo. **O que é modernidade?** Disponível em: <<http://base.d-p-h.info/es/fiches/premierdph/fiche-premierdph-3602.html>> Acesso em: 28 ago. 2008.

É imprescindível buscarmos sempre uma nova abordagem para os problemas que a modernidade apresenta. Pela Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli, um sistema é mais garantista quanto mais próximo estiver o grau de regulamentação e o grau de eficácia das normas. Este é o novo paradigma do constitucionalismo². O Brasil possui um extenso sistema de normas, seu grande desafio é buscar uma maior efetividade dos direitos fundamentais. Efetividade no sentido de observância da norma por seus destinatários³.

Nesse contexto moderno, o assédio moral surge como uma violação os direitos fundamentais. Em outras palavras, uma violência aos direitos da personalidade.

No Brasil, a situação não é diferente. Todos os dias os meios de comunicação denunciam agressões físicas e morais contra os trabalhadores: revista íntima, humilhações, assédio sexual, desvios de função, demissões arbitrárias, abusos de poder etc. O mais grave é que os casos noticiados apenas representam uma pequena parcela dos episódios reais de violência.

Em 1998, a psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen concluiu suas pesquisas sobre o assédio moral, apresentando resultados estarrecedores. Os estudos serviram para alertar a justiça do trabalho sobre a real dimensão dos danos físicos e psíquicos decorrentes desses atos impostos aos empregados por seus superiores hierárquicos e colegas de trabalho e para a necessidade de reprimi-los.

Os índices assustadores de violência no ambiente de trabalho também provocaram mudanças na legislação brasileira, sobretudo a criação de mecanismos capazes de punir o assédio moral com pesadas sanções indenizatórias impostas nas reclamações trabalhistas. Ocorre que, muitas vezes essas violações são tão graves que legitimam uma intervenção penal.

A sociedade moderna tornou-se cada vez mais intolerante com a violência. Busca-se na tutela penal uma resposta ao uso dessa força ilegítima contra o direito e a lei. Assim, ao criminalizar a violência nos

² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. 5.ed. Madrid: Trotta, 2006, p. 65-67.

³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13-14.

conflitos cotidianos, a modernidade reservou o uso exclusivo da força ao Estado, seu legítimo detentor, para que ele arbitre judicialmente todos os conflitos internos à sociedade ⁴. Assim, a análise da criminalização do assédio moral deve passar pelas seguintes etapas: a) conhecimento do objeto, por meio de sua conceituação, das formas de manifestação e de sua caracterização como violência; b) conhecimento dos direitos fundamentais que viola; c) exame da experiência legislativa, como criminalizadores primários e d) análise das normas penais já existentes.

A explicação do delito evoluiu da análise dos fatores morfológicos e fisiológicos, aos relativos ao ambiente natural e por fim ao ambiente social e cultural. O comportamento apontado como criminoso caracteriza-se pela vontade delituosa do agente. A vontade de rebelar-se contra a ordem que regula e abraça a vida da comunidade⁵. Os direitos da personalidade são direitos fundamentais consagrados no texto constitucional. Violá-los, além de impedir o desenvolvimento livre da personalidade de cada um, cria obstáculos à realização da dignidade humana.

É inquestionável que os atos de violência moral, muitas vezes, ferem gravemente os direitos fundamentais do ser humano, *in casu*, direitos inerente à sua personalidade. Nossa reflexão habita na forma com que essa criminalização deve ocorrer, a fim de que seja mais eficiente e mais harmoniosa com o princípio constitucional da intervenção mínima do direito penal.

2. Conceito de Assédio Moral

O trabalho é um dos principais meios que possibilitam ao ser humano a construção de uma vida com o mínimo de dignidade. Não basta possuir um trabalho para que esse valor se realize. É preciso, também, que os direitos do trabalhador sejam respeitados. Reconhecendo-se essa importância do trabalho digno apontamos a inadmissibilidade de algumas condutas no ambiente laboral. Trata-se de manifestações do assédio moral.

⁴ MISSE, Michel. **Crime e violência no Brasil Contemporâneo**: estudos de sociologia do crime e da violência urbana. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 09-11.

⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Direito**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 20-26.

Também chamado de *psicoterror*⁶, o assédio moral é uma verdadeira violência moral. Consiste em toda conduta do agressor que tenha por fim diminuir o trabalhador, humilhando-o a ponto de desestimulá-lo na sua produtividade, levando-o, por vezes, a duvidar de sua própria capacidade em desempenhar determinada função. Caracteriza-se tanto por gestos, agressões verbais ou físicas; quanto por omissões, isolando-se a vítima ou até mesmo, deixando de transmitir a ela informações essenciais para o desenvolvimento de seu trabalho. Pode partir tanto do superior hierárquico (violência vertical), quanto do grupo no qual o agredido está inserido (violência horizontal).

Em pesquisa realizada pelo Laboratório de Direitos Humanos da Universidade Federal de Alagoas⁷, constatamos que as formas mais frequentes de assédio moral são: abuso de poder; críticas constantes ao trabalho; desvio de função; pressão psicológica; perseguição no trabalho; imposição de situações vexatórias e humilhantes; contatos físicos indesejáveis; propostas de conotação sexual e discriminação em razão do sexo.

A realização da dignidade humana no trabalho tem sido tema discutido mundialmente. A prevenção e o combate ao assédio moral são debatidos por países desenvolvidos e pelos denominados em desenvolvimento.

Segundo o parecer da Comissão de Emprego e dos Assuntos Sociais n.º 2.3339/2001, relatado por Jan Andresson⁸, na Europa o assédio moral tem sido motivo de grande preocupação. Cerca de 12 milhões de pessoas se declararam vítimas de violência moral e psicológica no ambiente de trabalho. As principais vítimas são as mulheres, embora o número de homens sujeitos aos seus efeitos tenha aumentado no decurso dos anos 90. Para o Parlamento Europeu, as principais causas do assédio moral estão ligadas a deficiências de organização do trabalho, na circulação de informações internas e na

⁶ HIRIGOYEN, Marie-France. *Harcèlement moral: la violence perverse au quotidien*. Paris: La Découverte ET Syrus, 1998.

⁷ SARMENTO, George (coord.). et al. UFAL. **Violência doméstica e assédio moral contra as mulheres em Maceió**. Maceió: CNPq, 2006. Relatório final do projeto de iniciação científica (PIBIC).

⁸ Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/>> Acesso em: 11 set. 2008.

partilha de tarefas⁹. As disfunções das empresas terminam por acarretar graves violações aos direitos dos trabalhadores.

Embora cerca de 12 milhões de pessoas tenham se declarado vítimas do assédio moral, a União Europeia estima que esse número é muito maior. Apesar da relevância do tema, ainda não existe uma definição com aceitação geral pela Comunidade, pois, as diferenças culturais dos Estados-membros podem influenciar na compreensão do problema. Enquanto alguns já possuem projetos de lei a respeito do assédio moral, outros aplicam a legislação geral. A comissão reconhece a necessidade de se iniciarem debates mais aprofundados sobre os diversos aspectos do ambiente de trabalho, fazendo ver também que, nos casos de assédio moral, há uma maior dificuldade na apresentação de provas pela vítima. Daí decorre a necessidade de adotar estratégias comuns de prevenção e repressão a essa violência moral.

⁹ Definições de assédio moral trazidas pelo parecer da Comissão de Emprego e dos Assuntos Sociais n.º 2.3339/2001: “**Reino Unido** – comportamento ofensivo, intimidatório, malicioso ou insultuoso, abuso ou uso impróprio do poder através de meios que tenham por objetivo diminuir, humilhar, denegrir ou injuriar um trabalhador. **França** – nenhum assalariado deverá estar sujeito a acções repetidas de assédio moral, que tenham por objetivo ou por efeito atingir a sua dignidade e criar condições de trabalho humilhantes ou degradantes. **Irlanda** – comportamento repetido e impróprio, directa ou indirectamente, verbal, físico ou com outra forma, conduzido por uma ou mais pessoas contra outra ou outras, no local de trabalho, que possa ser razoavelmente considerado como redutor dos direitos individuais à dignidade no trabalho. Um incidente isolado do comportamento descrito nesta definição pode ser um afronta à dignidade no trabalho, mas como acto isolado não é considerando assédio moral. **Bélgica** – assédio moral no trabalho são condutas abusivas e repetidas de qualquer origem, externa ou interna à empresa ou instituição, que se manifestem nomeadamente por comportamentos, palavras, intimidações, actos, gestos, modos de organização do trabalho e escritos unilaterais que tenham por objectivo ou sejam de natureza a atingir a personalidade, a dignidade, ou a integridade física ou psíquica de um trabalhador durante a execução do seu trabalho, a pôr em perigo o seu emprego ou a criar um ambiente intimidatório, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo. **Suécia** – acções repetidas, repreensíveis ou claramente negativas, dirigidas contra trabalhadores individuais, de forma ofensiva, que possam ter por resultado isolar o trabalhador da comunidade do local de trabalho.”

No Brasil, esse problema tem sido bastante discutido pelos meios de comunicação, no mundo acadêmico (como objeto de pesquisas) e, também, no Congresso Nacional (como objeto de projetos de lei).

2.1 Assédio moral como violência

O assédio moral deve se observado como uma violência, pois, é uma força ilegítima usada contra os direitos do trabalhador. O respeito a esses direitos é essencial ao indivíduo e a própria comunidade, pois, tais comportamentos são danosos ao organismo social. São, em último momento, um empecilho ao desenvolvimento do ser humano. É, por isso, que se faz tão relevante a análise da criminalização do assédio moral.

A função precípua do direito penal é, sem dúvida, a proteção de determinado objeto ou situação socialmente relevantes¹⁰. Como instrumento para a realização da paz social ele impõe sanções diferentes daquelas aplicadas pelos demais ramos do direito: as penas. Assim, qualquer violação a normas sociais previstas nas leis penais deverá ser objeto de persecução oficial¹¹. Por meio da coação estatal (poder punitivo), ocorre a criminalização de condutas reprováveis e danosas ao Estado Democrático de Direito.

Por meio desse poder, que as sociedades modernas institucionalizam no Estado, faz-se a seleção penalizante, isto é, a criminalização. O ato de criminalizar é realizado por um conjunto de agências que compõem o sistema penal. São entes gestões da criminalização. Esse processo possui duas dimensões. A primeira, chamada criminalização primária, consiste no “ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”¹². É um ato formulado, em geral, por agências políticas (parlamento, executivo) e cumprido por outras agências (polícia, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários). O cumprimento é a segunda etapa, denominada criminalização secundária. Trata-se da

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro, volume I: parte geral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 55.

¹¹ SERRANO MAÍLLO, A. **Introducción a la criminología**. Madrid: Dykinson, 2003. p. 65.

¹² ZAFFARONI, Raúl. et al. **Direito Penal brasileiro: primeiro volume, Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 43.

“ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”¹³. Na realidade social é impossível realizar a criminalização primária de forma a esgotar toda sua extensão, isto porque, não se pode constatar com precisão o número de conflitos criminalizados em uma sociedade e os que efetivamente chegam ao conhecimento das agências. Reafirmamos a existência de uma cifra negra no que diz respeito ao tema.

Ao criminalizar uma conduta o agente liga-se a uma ideologia. Assim, o poder punitivo criminaliza: a) conforme estereótipos; b) por comportamento grotesco ou trágico; c) devida à falta de cobertura, quando ocorre a ruptura da vulnerabilidade de alguém, ou seja, a pessoa está em uma posição concreta de risco criminalizante¹⁴. Critica-se que ao enfrentar o problema do crime, eles utilizam explicações casuais antropológicas, psicológicas e sócio-econômicas. Também, há críticas no sentido de identificar o legislador como simples reproduzidor do senso comum¹⁵, atuando com total empirismo.

A criminalização do assédio moral, marcado como violência, surge como uma resposta penalógica para tutelar os direitos fundamentais por ela feridos. Todavia, essa função não é ilimitada. A criminalização não pode ocorrer por arbitrariedade do legislador. Assim, com base no princípio constitucional da intervenção mínima, tem-se que existem limites à atuação do legislador e do juiz na incriminação de condutas. É a preocupação com a quantidade excessiva de leis e com a legitimidade da tutela penal. Não é qualquer forma de ofensa a bens jurídicos que legitimará a intervenção criminalizadora do legislador. A criminalização de comportamentos dar-se-á em casos específicos, isto é, quando os bens jurídicos são mais duramente violados¹⁶.

Para lograr os fins propostos neste ensaio, interessa a criminalização primária, isto é, àquela realizada pelo legislador. Assim, para analisar a criminalização (primária) do assédio moral é imprescindível conhecer os bens jurídicos ofendidos. Em outras

¹³ ZAFFARONI, Raúl. et al. Ob. cit., 2003, p.43.

¹⁴ Idem, ibidem, p. 49.

¹⁵ SILVA, Jorge da. **Controle da criminalidade e segurança pública: na nova ordem constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 08-11.

¹⁶ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Imposição constitucional dos princípios penais. **Revista do Ministério Público de Alagoas**. Maceió, n. ° 6. p. 13-49. jul./dez. 2001, p. 27.

palavras, quais os valores ou dados sociais, materiais ou imateriais nascidos do contexto social, apontado como essencial ao desenvolvimento humano e, por isso, merecedor da tutela penal¹⁷.

3 Direitos fundamentais violados pelo *Psicoterror*

Os bens jurídicos violados pelo assédio moral são uma categoria de direitos consagrados pela Constituição Federal de 1988: direitos da personalidade. Esses são os bens jurídicos a serem protegidos. A Carta Magna assegurou a proteção desses direitos fundamentais mediante garantias como: a ação por danos morais e o direito de resposta. Essa é a proteção na esfera civil, ressaltando-se que esses direitos também foram regulamentados no código civil brasileiro. Portanto, apesar do aspecto privado, os direitos da personalidade são eminentemente matéria constitucional. Aprofundemo-nos neles, a fim de caracterizar os bens jurídicos ofendidos pela violência moral.

Os avanços tecnológicos tornam as relações sociais cada vez mais complexas. Os danos decorrentes dos fatos¹⁸ é uma pontual preocupação da chamada sociedade de risco. Para os estudiosos do risco (tipo de ocorrência social) restaria ao direito identificar soluções adequadas diante do efetivo dano ou ameaça dele. Isto porque, o direito estaria limitado pelo próprio risco, já que pela sua imprevisibilidade seria impossível juridicizá-lo. Sendo o risco uma condição estruturante das sociedades que buscam a acumulação de riquezas, as respostas do direito aos danos seriam muito mais uma garantia do que um “direito a”¹⁹.

Uma espécie de dano, bastante comum atualmente, é o dano moral. Ele surge quando um direito da personalidade é violado. É incomensurável. Tanto o dano moral, quanto os direitos da personalidade “voltam-se a tutelar objetos exclusivamente interiores à

¹⁷ PRADO, ob. cit., p. 248-256.

¹⁸ O sentido utilizado é o de fato jurídico *lato sensu*. cf. MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., 2003. p. 105-119.

¹⁹ CAUBET, Christian Guy. Antes e depois do dano: da decisão arriscada à certeza do prejuízo. In: VARELLA, Marcelo Dias (org.). **Direito, sociedade e riscos**: a sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco. Brasília: UNICEUB, 2006. p. 311-320.

personalidade”²⁰. A natureza desses direitos é objeto de grandes debates. O doutrinador espanhol Perez Luño vê na liberdade o núcleo dos *derechos personales*, em razão de sua referência imediata à realização da personalidade humana. Classifica-os em duas categorias: direitos que afirmam a integridade moral da pessoa – expressão concreta de sua dignidade – e direitos que perseguem a proteção de sua integridade física²¹.

Os direitos da personalidade são espécies de direitos fundamentais. Diferem dos demais direitos fundamentais por serem extrapatrimoniais e inerentes à pessoa²². São, portanto, absolutos, ou seja, interpostos contra todos em razão da simples condição de ter personalidade²³. Trata-se da pessoa individualmente considerada.

Diante da já mencionada impossibilidade de o direito prever e evitar os riscos que possam culminar na violação dos direitos da personalidade e, conseqüentemente, em danos morais, a corrente doutrinária que defende a tipicidade aberta dos direitos da personalidade é a mais acertada. Os tipos previstos nos textos constitucional e infraconstitucionais não constituem *numerus clausus*. Para tanto, basta que haja o reconhecimento social e a adequação dos “tipos” não previstos nos textos com a dignidade humana – vista como cláusula geral²⁴.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 garantiu, em seu artigo 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação”.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, n.º 6. p. 79-97. abr./jun. 2001. p. 82.

²¹ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 174-178.

²² “[...] aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres”. BEVILÁQUA, Clóvis apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil. 20.ed. São Paulo: Forense, 2005. v. 1. p. 213.

²³ São também intransmissíveis, irrenunciáveis, indisponíveis, inexpropriáveis, imprescritíveis e vitalícios. cf. LÔBO, ob. cit., 2001, p. 82-84.

²⁴ Cláusulas gerais são uma modalidade legislativa utilizada pelo juiz para o preenchimento das lacunas. LÔBO, ob. cit., 2001, p. 84-86.

A Constituição de 1988 prevê indenização por danos morais por violações aos direitos da personalidade. Apesar do elevado o número de ações por danos morais em tramitação no Judiciário, o Laboratório de Direitos Humanos da Universidade Federal de Alagoas²⁵ verificou que a cada 100 mulheres vítimas de assédio moral nas relações de trabalho apenas uma pleiteou sua compensação em juízo. Notou-se um total desconhecimento do que foi constitucionalmente assegurado.

A forma mais comum dessa prática é a chamada revista íntima. Ela consiste no “método” pelo qual o empregador, a fim de proteger seu patrimônio, revista o trabalhador, de modo a lhe ferir o direito à integridade física e moral. A jurisprudência tem reconhecido a lesividade da revista íntima realizada por meio de contatos físicos. Entretanto, ainda há discordâncias nos tribunais brasileiros quanto à chamada revista pessoal, em que as bolsas e outros pertences do empregado são vasculhados²⁶.

A importância da proteção aos direitos da personalidade é inquestionável. No século XVI o Cardeal Mazarin já ensinava que a mácula à reputação de uma pessoa é, muitas vezes, um mal irreversível²⁷. Refere-se ao direito à honra. A boa estima “que as pessoas desfrutam nas relações sociais”²⁸.

Duas posições marcam a forma com que a doutrina trata os direitos inerentes à personalidade. A primeira defende existência de um direito geral da personalidade, a segunda prega a pluralidade de direitos da personalidade²⁹.

Os defensores de um “direito geral da personalidade” vêem na unidade do valor da pessoa a razão pela qual é impossível dividir os

²⁵ SARMENTO, George (coord.). Ob. cit., 2006.

²⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. Julgamento do Recurso Ordinário n.º 01431.2004.003.19.00.0. Relator: Antônio Catão. 31 de maio de 2005.

²⁷ MAZARIN, Cardeal. **Breviário dos políticos**. 5.ed. São Paulo: 34, 1997. p. 70-74.

²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Ob. cit., abr./jun. 2001. p. 90.

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 153-156.

direitos da personalidade em tipos autônomos. A segunda defende a existência de uma pluralidade de direitos da personalidade

A personalidade é uma construção jurídica³⁰: é o status jurídico atribuído àquele que nasce com vida³¹, dele decorrem uma gama de direitos. As facetas – leia-se, tipos – da personalidade existem e devem ser diferenciadas. Ora, o operador do direito incorreria em séria imprecisão terminológica se afirmasse que o autor de um livro teve sua intimidade ferida em razão do plágio de sua obra. O direito à intimidade e direitos morais do autor não se confundem. É preciso identificar qual direito inerente à personalidade foi atingido no caso concreto. Tal preocupação não constitui formalismo desarrazoado, pois, tipificar e conceituar, a fim de distinguir os direitos da personalidade, contribui para uma atuação mais eficiente do próprio direito. Ajuda a tutelar com mais efetividade a pessoa humana.

A intimidade é constantemente tratada como sinônimo de imagem e honra. Tamanha confusão decorre do fato de ter a Constituição Federal protegido esses direitos de forma indiscriminada, talvez, porque lesão ao direito à imagem (retrato, efígie) acarreta, frequentemente, lesão à honra, à vida privada e à intimidade. Um mesmo fato pode ferir diversos direitos da personalidade. Todavia, tratá-los como sinônimos não se justifica. Mesmo com a advertência de que dificilmente pode-se isolar qualquer dos direitos da personalidade, a precisa identificação de cada situação traz consequências práticas. A lesão de um ou mais desses direitos deverá ser levada em conta pelo juiz no momento da fixação da indenização compensatória.

Os diferentes tipos de direitos da personalidade são facilmente constatados no ambiente de trabalho. As violações que sofrem pelo chamado *psicoterror*³² revelam-se um verdadeiro obstáculo à realização própria da dignidade humana. Os direitos da personalidade mais afetados pelo assédio moral são:

a) a integridade física e psíquica, pois, com frequência, as vítimas de assédio moral desenvolvem problemas de saúde, tanto físicos (dores

³⁰ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., 2003.

³¹ “Art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Código Civil brasileiro de 2002.

³² Cf. HIRIGOYEN, Marie-France. Ob. cit., 1998.

de cabeça, choros compulsivos etc.), quanto psíquicos (depressão, baixa auto-estima etc.);

b) a privacidade, como ocorre no assédio sexual que atinge a esfera íntima do assediado;

c) a honra, quando o trabalhador sofre qualquer agressão à sua integridade moral ou à sua reputação.

A submissão do trabalhador a situações humilhantes e vexatórias, como a utilização de um ícone de tartaruga no pescoço com a conotação de letargia laboral fere a chamada *honra subjetiva*. Esta diz respeito “ao conceito que cada um tem de si mesmo, principalmente no que se refere à sua dignidade pessoal”³³. Assim, dentro da visão atomista que adotamos, discute-se se os tipos são fechados ou abertos.

Sendo a vida humana uma sucessão de fatos que se sucedem na dimensão tempo e espaço, é dentro dela que se dão todas as demais realidades – desde o mundo físico, passando pelo psíquico e pelo mundo dos valores. Assim ensinou o filósofo espanhol Ortega y Gasset. O autor demonstra em suas obras que a realidade do ser humano e o seu eu são inseparáveis. O sujeito orteguiano é o sujeito e a circunstância juntos, co-implicados³⁴. Assim, se os direitos da personalidade são aqueles inerentes à condição humana, é na realidade que se busca suas manifestações. Como a vida social é essencialmente mutante os tipos não podem ser fechados, estanques.

4. Intervenção penal legislativa

Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana. Sua violação impede o desenvolvimento digno do ser humano. Logo, é inquestionável que merecem tutela jurídica, inclusive a penal. A grande questão assenta-se na forma como deve ocorrer a criminalização dos comportamentos reveladores do assédio moral.

Embora o Brasil ainda não tenha editado leis federais de repressão ao assédio moral tramitam no Congresso Nacional alguns

³³ SARMENTO, George. **Danos morais**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 05. (Prática do direito, v. 9).

³⁴ Filosofia de Ortega y Gasset. Disponível em:
<http://pt.wikipedia.org/wiki/Filosofia_de_Jos%C3%A9_Ortega_y_Gasset>
Acesso em: 18 set. 2008.

projetos de lei que visam à sua criminalização. Os dois projetos colhidos tornam possível identificar as tendências do legislador brasileiro quanto à tipificação do assédio moral.

Antes, é relevante trazer a lume um projeto de lei internacional que serviu de base aos projetos brasileiros. Trata-se do projeto de lei português³⁵.

Esse projeto traz um conceito amplo de assédio moral. Contempla não só o assédio vertical (do superior hierárquico), como também o horizontal (colegas de trabalho), dedicando os três pontos do artigo 1º à definição do objeto.

O legislador português optou pela tipificação do terrorismo psicológico (usando os termos do respectivo projeto), sancionando-o com pena privativa de liberdade de um a três anos, ou multa no valor de cinco milhões de escudos. A pena poderá ser agravada quando os atos tipificados atentarem contra a dignidade do trabalhador.

Outra característica do projeto de lei é a possibilidade de anulação dos atos e decisões praticadas com o intuito de degradar a saúde física e mental da vítima. Aqui segue o referido projeto:

PROJECTO DE LEI N.º 252/VIII

PROTECÇÃO LABORAL CONTRA O TERRORISMO PSICOLÓGICO OU ASSÉDIO MORAL

Artigo 1.º - (Objecto)

1 - A presente lei estabelece as medidas gerais de protecção dos trabalhadores contra o terrorismo psicológico ou assédio moral, entendido como degradação deliberada das condições físicas e psíquicas dos assalariados nos locais de trabalho, no âmbito das relações laborais. O atentado contra a dignidade e integridade psíquica dos assalariados constitui uma agravante a tais comportamentos.

2 - Por degradação deliberada das condições físicas e psíquicas dos assalariados nos locais de trabalho entendem-se os comportamentos dolosos dos empregadores, conduzidos pela entidade patronal e/ou seus representantes, sejam eles superiores hierárquicos, colegas e/ou outras quaisquer pessoas com poder de facto para tal no local de trabalho.

³⁵ Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/>> Acesso em: 11 set. 2008.

3 - Os actos e comportamentos relevantes para o objecto da presente lei caracterizam-se pelo conteúdo vexatório e pela finalidade persecutória e/ou de isolamento, e traduzem-se em considerações, insinuações ou ameaças verbais e em atitudes que visem a desestabilização psíquica dos trabalhadores com o fim de provocarem o despedimento, a demissão forçada, o prejuízo das perspectivas de progressão na carreira, o retirar injustificado de tarefas anteriormente atribuídas, a despromoção injustificada de categorias anteriormente atribuídas, a penalização do tratamento retributivo, o constrangimento ao exercício de funções ou tarefas desqualificantes para a categoria profissional do assalariado, a exclusão da comunicação de informações relevantes para a actividade do trabalhador, a desqualificação dos resultados já obtidos. Estes comportamentos revestem-se de um carácter ainda mais gravoso quando envolvem desqualificação externa (para fora do local de trabalho) dos trabalhadores, através do fornecimento de informações erradas sobre as suas funções e/ou as suas categorias profissionais e de desconsiderações e insinuações prejudiciais à sua carreira profissional e ao seu bom nome.

Artigo 2.º - Anulabilidade dos actos discriminatórios

1 - Os actos e decisões atinentes às alterações das categorias, funções, encargos ou mesmo as transferências, atribuíveis à degradação deliberada das condições físicas e psíquicas dos assalariados nos locais de trabalho são anuláveis a pedido da vítima.

Artigo 3.º - Regime sancionatório

1 - O(s) autor(es) dos actos de terrorismo psicológico ou assédio moral são condenados a uma pena de um a três anos de prisão ou, em alternativa a uma coima de cinco milhões de escudos (5 000 000\$00).

2 - O atentado contra a dignidade e integridade psíquica dos assalariados constitui uma agravante a tais comportamentos, sendo neste caso a pena agravada para dois a quatro anos de prisão ou, em alternativa, a uma coima de vinte milhões de escudos (20 000 000\$00).

3 - A entidade patronal e/ou os superiores hierárquicos dos autores materiais dos actos de terrorismo psicológico e/ou assédio moral incorrem solidariamente nas sanções previstas para estes, quando estejam de qualquer modo envolvidos numa tal estratégia, de forma activa, como ordenantes ou

encorajantes, ou passiva, tendo conhecimento dos factos e nada tendo feito para os impedir.

Artigo 4.º - Regulamentação

O Governo deve proceder, no prazo de 90 dias, à regulamentação das disposições da presente lei necessária à sua boa execução.

Artigo 5.º - Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor na data da sua publicação.

Palácio de São Bento, 27 de Junho de 2000.

Conforme afirmado anteriormente, no Brasil inexistia uma lei federal que definia as formas de assédio moral e suas respectivas sanções. Entretanto, a matéria vem sendo discutida no Congresso Nacional³⁶. Para uma verdadeira análise da criminalização do assédio moral, não poderiam ser olvidados os seguintes projetos de lei que estão em discussão no Parlamento brasileiro:

a) Projeto de Lei n.º 4.742/01, que visa a reforma do Decreto-Lei n.º 2.848/40 (Código Penal), de iniciativa do deputado federal Marcos de Jesus;

b) Projeto de Lei n.º 5.971/01, que visa a reforma do Decreto-Lei n.º 2.848/40 (Código Penal), coordenado pelo deputado federal Inácio Arruda.

4.1 Projeto de Lei n.º 4.742/01

O PL n.º 4.742/01 visa introduzir um artigo no Código Penal Brasileiro tipificando o crime de assédio moral no ambiente de trabalho. Na justificativa do projeto, o legislador ordinário ressalta que as condutas de violência corporal ostensiva já configuram tipo penal, restando ser criminalizado o comportamento reiterado, abusivo, que atinge o psicológico e emocional do cidadão. Tem por base os estudos realizados pela Dra. Margarida Barreto.

O legislador define a violência moral como atos vexatórios e agressivos à imagem e a auto-estima da pessoa, praticados de forma reiterada. E são exemplos de tais atos: marcar tarefas impossíveis ou assinalar tarefas elementares para a pessoa que desempenha satisfatoriamente papel mais complexo; ignorar o empregado, só se

³⁶ Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/>> Acesso em: 11 set. 2008.

dirigindo a ele através de terceiros; sobrecarregá-lo com tarefas que são repetidamente desprezadas; mudar o local físico, sala, mesa de trabalho para outro de precárias instalações, como depósito, garagens, etc.

Vejamos a redação do artigo 146-A objeto do projeto de lei em questão, *in verbis*:

Introduz artigo 146-A, no Código Penal Brasileiro - Decreto-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 - , dispondo sobre o crime de assédio moral no trabalho.

O Congresso Nacional decreta:

Artigo 1º - Art. 1º O Código Penal Brasileiro - Decreto-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 - passa a vigorar acrescido de um artigo 146 A, com a seguinte redação:

Assédio Moral no Trabalho

Art. 146 A. Desqualificar, reiteradamente, por meio de palavras, gestos ou atitudes, a auto-estima, a segurança ou a imagem do servidor público ou empregado em razão de vínculo hierárquico funcional ou laboral.

Pena: Detenção de 3 (três) meses a um ano e multa.

Artigo 2º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Este projeto foi remetido à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, que apensou o Projeto de Lei nº 4960, de 2001, do Deputado FEU ROSA. A redação proposta é a seguinte:

ART. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO

SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 4.742, DE 2001

Acrescenta o art. 136-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal Brasileiro, instituindo o crime de assédio moral no trabalho.

O Congresso Nacional decreta:

Artigo 1º - O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal Brasileiro, fica acrescido do art. 136-A, com a seguinte redação:

"Art. 136-A. Depreciar, de qualquer forma e reiteradamente a imagem ou o desempenho de servidor público ou empregado, em razão de subordinação hierárquica funcional ou laboral, sem justa causa, ou tratá-lo com rigor excessivo, colocando em risco ou afetando sua saúde física ou psíquica.

Pena - detenção de um a dois anos.

Artigo 2º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Em seu exame, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação afirma que, a exemplo do assédio sexual, o projeto pretende coibir abusos dos poderosos, com propósitos não libidinosos, porém ilegítimos, que levam à perda da auto-estima, à depressão, a crises e também a suicídios.

Observamos que o crime que se pretende tipificar foi enquadrado no Capítulo VI do Código Penal relativo aos *Crimes contra a Liberdade Individual*, do Título I, na categoria de *constrangimento ilegal*. Com a nova redação, a Comissão preferiu colocar o crime de assédio moral no trabalho dentro do Capítulo III, também do Título I, referente aos crimes que põem em perigo a vida e a saúde, na categoria de *maus-tratos*. Além disso, aumentou a pena de detenção de três meses a um ano e multa para detenção de um a dois anos.

4.2 Projeto de Lei n.º 5.971/01

Outra iniciativa do legislador ordinário federal de alterar o Código Penal Brasileiro com o acréscimo de um artigo que tipifique os atos de violência moral no trabalho foi o Projeto de Lei n.º 5.971/01. Possui a seguinte redação:

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

O Congresso Nacional decreta:

Artigo 1º - Acrescente-se o art. 203-A ao Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, com a seguinte redação:

"COAÇÃO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

Art. 203-A Coagir moralmente empregado no ambiente de trabalho, através de atos ou expressões que tenham por objetivo atingir a dignidade ou criar condições de trabalho humilhantes ou degradantes, abusando da autoridade conferida pela posição hierárquica.

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa."

Artigo 2º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das sessões

Inácio Arruda Deputado federal - PCdoB - CE

Aqui o legislador optou por denominar o problema, conhecido na França por “assédio moral” e nos EUA por “tirania no local de trabalho”, de coação moral. Este projeto faz uso de dados coletados pela União Geral dos Trabalhadores Portuguesa que constatou que, em 1996, 4% dos trabalhadores foram vítimas de violência física no ambiente de trabalho, 2% de assédio sexual e 8% de intimidações e coação moral.

Os projetos de lei não tratam o assédio moral em linhas gerais, ou seja, buscam seu tratamento direto, específico. Apesar de não adotar uma única política criminal, existe no sistema brasileiro uma inclinação à tipificação do assédio moral, assim como o projeto de lei português que, inclusive, serviu de modelo aos projetos coordenados pelo deputado federal Inácio Arruda.

O assédio moral é concebido como violação aos direitos humanos e não como um simples ilícito trabalhista. Ocorre que, as tentativas de criminalização do assédio moral deixam de lado os atos praticados pelos colegas de trabalho da vítima, considerando somente àqueles praticados pelos superiores hierárquicos.

Nota-se assim, que existe por parte do agente responsável pela criminalização primária uma deficiente compreensão do assédio moral. A investigação no *site* da Câmara dos Deputados³⁷ revela que todos os pedidos para a realização de audiências públicas, para o esclarecimento do tema, foram arquivados. Há um patente desinteresse.

5 Tutela penal dos direitos da personalidade

A criminalização específica do assédio moral não é o melhor caminho a seguir. As dificuldades na compreensão da violência moral constatadas nos projetos de lei examinados apontam nesse sentido. Há uma série de imprecisões terminológicas que culminam em uma normatização deficiente, que não atinge seus fins. Entretanto, o despreparo do legislador não é razão suficiente para negar tutela aos direitos violados pelo assédio moral.

Ao entender o assédio moral como prática repetida de atos ofensivos, intimidatórios e discriminatórios que tem por objetivo desvalorizar, humilhar, injuriar, caluniar ou subjugar o trabalhador, fica fácil observar que a tentativa de criminalizá-lo especificamente, além de

³⁷ Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/>> Acesso em: 11 set. 2008.

desnecessária, será frustrada. Frustrada porque esses atos que constituem violência moral podem ser manifestados por meio dos mais deferentes comportamentos e podem ofender vários direitos da personalidade. Desta forma, não adianta criminalizar o assédio moral e caracterizá-lo como maus-tratos. Só o direito à integridade física estaria tutelado. Ademais, será desnecessária em razão da tutela penal já existente. É provável que a busca insana por uma resposta aos anseios sociais, levou o legislador a olvidar todo o Título I da parte especial do Código Penal.

Essa parte do Código Penal cuida dos crimes contra a pessoa. Assim, grande parte dos direitos da personalidade (vida, liberdade, intimidade, vida privada, honra, imagem, moral do autor, sigilo, identificação pessoal, integridade física e psíquica) foi reconhecida como bem jurídico-penalmente protegido.

A partir do artigo 122 até o artigo 128, a vida é tutelada. Sem ela não há possibilidade alguma de fruição dos demais bens. Visando à proteção da integridade física e psíquica, como preservação da incolumidade do corpo físico (salvo a mutilação renovável) e mental da pessoa humana, o CP criminalizou, do artigo 129 ao artigo 136, condutas que culminem em lesões corporais, na periclitación da vida e da saúde, no perigo de contágio venéreo, no perigo de contágio de moléstia grave, no perigo para a vida ou saúde de outrem e em maus-tratos.

Outro direito inerente à personalidade tutelado foi a honra (artigos 138 a 145). Ela divide-se em honra subjetiva – conceito que cada um tem de si mesmo, a sua dignidade pessoal. Sua violação configura crime de injúria. E em honra objetiva – estima pública, respeito que o indivíduo goza perante a sociedade. Atentados contra ela são tipificados como calúnia e difamação.

A liberdade como direito de não ser escravizado por outrem, de ir e vir – exceto em razão do cometimento de crime – também foi protegida (artigos 146-149). O constrangimento ilegal é crime e fere o direito à liberdade.

A privacidade abrange os direitos da personalidade que resguardam as pessoas de ingerências externas indesejadas. Os fatos que estão na intimidade e na reserva privada são tutelados a fim de que não

sejam levados ao espaço público.³⁸ Do artigo 150 ao 154 do Código Penal, a privacidade e o sigilo são bens jurídicos protegidos dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio, contra a inviolabilidade de correspondência (violação de correspondência sonegação ou destruição de correspondência violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica correspondência comercial) e contra a inviolabilidade dos segredos. Ressalte-se que a violação do sigilo do conteúdo das correspondências e das comunicações telefônicas somente pode ocorrer mediante autorização judicial, em investigação criminal ou instrução processual penal, na forma da lei n.º 9.296/96.

Se a violência moral manifestar-se por atos que caracterizam o assédio sexual, a lei penal em seu artigo 216-A incidirá. As propostas de conotação sexual, segundo Vivot³⁹, consistem em condutas verbais ou físicas cujo autor sabe ou deveria saber que são ofensivas à vítima. Quando formuladas pelo superior hierárquico como pano de fundo para a manutenção do emprego, aumento do salário e/ou ascensão do cargo, denomina-se chantagem sexual. Esse tipo de assédio pode ser típico ou ambiental. O assédio típico ou chantagem é um verdadeiro abuso de poder que fere a dignidade do trabalhador com ameaças. Já o ambiental não se opera por meio de uma manifestação de poder e sim de solicitações inoportunas.

Notamos que, muito mais que proteger a liberdade sexual da pessoa, a criminalização de comportamentos como toques indesejados, afrontamentos contra o corpo da vítima ou avanços sexuais, resguarda-se a intimidade. Isto porque, o direito de ser protegido frente ao assédio sexual “inscreve-se dentro do direito à intimidade [...] por afetar a esfera íntima da pessoa – a sexualidade – [...] toda pessoa tem direito a não se ver envolta em um contexto sexual não desejado”⁴⁰.

Fugiria ao nosso objetivo analisar com profundidade a tutela penal de cada um desses bens jurídicos. Interessa-nos sim, demonstrar que os direitos da personalidade, que correspondem a todos os seres

³⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

³⁹ VIVOT, Julio J. Martínez. **Acoso sexual en la relaciones laborales**. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 22-23.

⁴⁰ AROCHENA, José Fernando Lousada. **El derecho de los trabajadores a la porteccción frente el acoso sexual**. Granada: Comares, 1996. p. 131.

humanos enquanto pessoas, já foram devidamente tutelados pelas normas penais. As manifestações de assédio moral violam com maior gravidade os direitos da personalidade já constituem tipos penais. A tutela já foi concedida. Sendo assim, além de mais eficiente, é com respeito ao princípio constitucional da intervenção mínima que a criminalização do assédio moral deve ser concebida assim, em linhas gerais.

6. Conclusão

A violência moral é uma grande preocupação de qualquer país que busque a realização da dignidade humana. Independe da cultura ou grau de desenvolvimento. As sociedades modernas deixam de considerá-la com um mero ilícito trabalhista e passam a observá-la como uma verdadeira violação aos direitos humanos. Torna-se um grande obstáculo ao desenvolvimento dos seres humanos e, por isso, é objeto de tentativas criminalizantes.

Há fatores que marcam as manifestações dessa violência em cada sociedade. No Brasil, a tentativa do legislador federal de criminalizar o assédio moral revela um total desconhecimento da matéria. Nos projetos de lei analisados, observamos que o legislador encontrou dificuldades na conceituação da conduta criminalizada e, conseqüentemente, no lugar que deve ocupar no Código Penal. Ora a tipifica como *maus-tratos*, ora como *constrangimento ilegal*. O primeiro consiste em “expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina”. Protege o direito à vida. O outro tipo consiste em “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”. O bem jurídico protegido é a liberdade pessoal. Têm, portanto, conceitos essencialmente distintos.

Ademais, de forma equivocada, utilizam coação moral como sinônimo de assédio moral. A coação moral é a pressão psicológica exercida sobre alguém para induzi-lo à prática de um ato. Nesse instituto a vontade não é deixada completamente de lado, pois, a vítima ainda pode optar entre a realização do ato exigido e o dano com que é

ameaçado. Já o assédio moral consiste em toda conduta reiterada do agressor que tenha por fim o rebaixamento moral do trabalhador, humilhando-o a ponto de desestimulá-lo. A dúvida na própria capacidade em desenvolver uma função, plantada pela violência moral, pode acarretar sérios danos à saúde da vítima e, não raramente, ao suicídio. É inegável a legitimidade da tutela penal.

Todavia, o exame de projetos de lei que visam à criminalização do assédio moral, em tramitação no Congresso Nacional, demonstrou que o legislador ordinário ainda não possui noção suficiente sobre essa violação à dignidade humana do trabalhador. Sendo assim, não pode regulamentá-la com eficiência. Embora essas constatações sejam relevantes, nosso objetivo vai para além da mera crítica à experiência legislativa.

Observa-se que as diversas manifestações do assédio moral (abuso de poder; críticas constantes ao trabalho; desvio de função; pressão psicológica; perseguição no trabalho; imposição de situações vexatórias e humilhantes; contatos físicos indesejáveis; propostas de conotação sexual e discriminação em razão do sexo etc.) violam sempre algum ou alguns dos direitos da personalidade.

É o uso do poder punitivo do Estado com respeito ao princípio constitucional da intervenção mínima. Assim, não se justifica a feitura de mais uma lei quando, a maioria dos direitos reconhecidamente inerentes à personalidade afetados pela violência moral, já são bens jurídicos tutelados penalmente. Além das imprecisões constatadas nas tentativas de criminalização específica do assédio moral, há uma afronta ao princípio da intervenção mínima do legislador criminal. Desta forma, infere-se que não é necessária uma tipificação específica do assédio moral, tratá-lo em linhas gerais, ou seja, deixando para os tipos penais já existentes a tutela dos direitos da personalidade, já é suficiente.