



SOBRE A REVISTA
ÚLTIMAS EDIÇÕES
EDIÇÕES ANTERIORES
NORMAS
CHAMADA DE TRABALHOS
CONTATO

UNIANCHIETA

REVISTA DE

DIREITOS FUNDAMENTAIS

ISSN 2675-0074

FICHA TÉCNICA

Revista de Direitos Fundamentais, ISSN 2675-0074, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019

<https://doi.org/10.29327/213440.1.1>

Capa: Larissa Conelheiro Kovelis

Editoração e Diagramação: Prof. Dr. Tarcísio Germano de Lemos Filho

Editora: UNIANCHIETA

Prof. Me. João Antonio de Vasconcellos

Diretor Acadêmico

Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo

Coordenador-adjunto do Curso de Direito

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

Coordenador-Geral das Revistas Temáticas

FADIPA – UNIANCHIETA

Prof. Dr. Tarcísio Germano de Lemos Filho

Coordenador da Revista de Direitos Fundamentais

CONSELHO EDITORIAL

- Prof. Dr. Claudinei Coletti** (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)
- Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada** (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta/TJ-SP)
- Prof. Dr. Márcio Alexandre Iotti Henrique** (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)
- Prof. Dra. Maria Cristina Zucchi** (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta/TJ-SP)
- Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo** (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)
- Prof. Dr. Paulo Roberto Cunha** (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)
- Prof. Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira** (USP e FADIPA-UniAnchieta/TRT2SP)
- Prof. Dr. Pietro Nardelli-Dellova** (PUC/SP, USF e FADIPA-UniAnchieta)
- Prof. Dr. Samuel Antonio Merbach de Oliveira** (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)
- Prof. Dr. Sergio Igor Lattanzi** (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)
- Prof. Dr. Tarcísio Germano de Lemos Filho** (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)
- Prof. Dra Thais Battibugli** (Curso de Direito FADIPA-UniAnchieta)

SUMÁRIO

Apresentação.....	3
	Tarcísio Germano de Lemos Filho
O Devido Processo Legal e a Jurisprudência Defensiva.....	6
	Mauro Alves de Araújo
O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.....	23
	João Paulo Orsini Martinelli e Fabio Prevelato
Decisão Judicial e os Limites do Juridicamente Possível.....	37
	Tarcísio Germano de Lemos Filho
A Proteção da Vegetação em Terras Particulares: Um Breve Histórico do Código Florestal Brasileiro.....	61
	Paulo Roberto Cunha
Políticas Sociais e Evolução dos Direitos Fundamentais da Cidadania no Brasil.....	82
	Thaís Battibugli
Acesso à Informação, Direito Fundamental.....	101
	João Carlos José Martinelli

APRESENTAÇÃO

A Revista de Direitos Fundamentais foi concebida para se tornar uma publicação de primeira linha, ao reunir pesquisadores que se distinguem por sua produção científica e contribuição ao aperfeiçoamento das ciências jurídicas.

A proposta da revista inclui quatro linhas de pesquisa, que abrangem os direitos fundamentais a partir do enfoque dos princípios constitucionais como mandamentos de otimização e paradigma normativo do ordenamento jurídico, passando pela abordagem do perfil da atividade jurisdicional e do papel dos direitos sociais no mundo contemporâneo, emprestando igual relevância às três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental.

Em sua edição inaugural, que se desdobrará em dois volumes, juristas de diversas instituições e países trarão suas contribuições ao estudo da estrutura fundante do Estado Democrático de Direito, e que, agregando valores universais, desvincula-se de ordenamentos jurídicos localizados e traça o caráter supranacional dos Direitos Humanos.

No mundo globalizado, a cidadania, transcendendo os limites da soberania, invoca a confirmação dos direitos fundamentais independentemente onde a pessoa se encontre, detonando uma transformação radical em sua interpretação.

No dizer de Rodotá¹, “não muda apenas a dimensão externa, o catálogo de direitos reconhecidos, mas o próprio modo com que são percebidos, sentidos, praticados”. Em verdade, “esse é um mundo novo de direitos, bem mais árduo de compreender e reconstruir a partir de um simples elenco de novos direitos”, como acrescenta.

Entretanto, como adverte Neves² “as ordens normativas do sistema jurídico mundial de níveis múltiplos têm compreensões diversas das questões de Direitos Humanos”, inclusive sendo várias delas “avessas à ideia de Direitos Humanos como direitos que pretendem fazer valer para

¹ RODOTÁ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. 1 ed. Roma-Bari:Laterza, 2012, p.71.

² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, 1 ed, 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2012 p.256.

toda e qualquer pessoa”. Como registram Lacroix e Pranchère³, críticas aos Direitos Humanos são correntes, como a denominada de “antimodernista”, que se opõe à possibilidade de uma vida social baseada na autonomia racional de todos os homens. Essa corrente despreza, inclusive, a crença no progresso e o igualitarismo democrático, que induz o nivelamento social e cultural, “já que a capacidade de decisão e compreensão não seria igualmente disseminada”

Outra corrente, citada pelos mesmos autores e dita “comunitária”, salienta que os “direitos do indivíduo” teriam perdido a sua dimensão coletiva que tinham na origem e que seu uso exagerado é sintoma dos mais flagrantes de uma “desvinculação social e de um narcisismo exagerado”. Por fim, um terceiro segmento, tido como radical, funda-se em um “projeto de autonomia”, que não pretende se prender à necessária proteção dos direitos individuais, mas conduzir a formas de vida capazes de instituir, elas próprias, uma autonomia coletiva entrelaçada com a autonomia individual. Os direitos humanos seriam, por isso mesmo, o “calmante que permite anestésiar o desejo de emancipação e conferir-lhe uma satisfação compensatória”.

Essas questões palpitantes são bem enfrentadas pelos autores que vieram colaborar com esta edição inaugural, que é aberta com as ponderações de Mauro Alves de Araújo sobre o devido processo legal e a jurisprudência defensiva, dois polos conflitantes na efetivação do direito fundamental de acesso ao Judiciário.

João Paulo Orsini Martinelli e Fábio Prevelato dissecam o tema do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que busca suprir as falhas internas dos ordenamentos regionais, que afetam a natureza transnacional desses direitos.

Além de coordenarmos os artigos, emprestamos nossa modesta colaboração investigativa ao tema das decisões judiciais e os limites que a atividade jurisdicional se sujeita em uma nova ordem processual, que assume um caráter híbrido de principiologia constitucional e regramento

³ LACROIX, Justine. PRANCHÈRE, Jean-Yves. **Le procès des droits de l’homme**. Généalogie du septicisme démocratique. Paris : Editions du seuil, 2016, p. 44-48

voltado à consolidação da jurisprudência como instrumento de segurança jurídica.

Paulo Roberto da Cunha questiona a proteção concedida à vegetação em terras particulares, a partir de uma perspectiva histórica em que as políticas públicas sofreram sensíveis transformações, com sucessivos métodos e práticas de abordagem do direito ambiental desde o império até período republicano contemporâneo.

Thaís Battibugli contribui com um estudo profundo sobre o impacto das políticas sociais brasileiras na redução da desigualdade social, da distância entre a renda dos mais ricos e dos mais pobres.

João Carlos José Martinelli, por seu turno, fecha o primeiro volume com o atualíssimo tema do direito à informação como direito fundamental, em uma época em que o direito de acesso se apresenta como reivindicação capaz de integrar direitos tradicionalmente protegidos como os direitos da personalidade.

A UNIANCHIETA, em seu Jubileu de Ouro, proporciona ao mundo acadêmico mais um canal de divulgação da produção científica de pesquisadores altamente qualificados, que irão colaborar decisivamente para fazer desta publicação uma valiosa fonte de consulta e de divulgação de trabalhos indispensáveis ao aperfeiçoamento das instituições.

Jundiaí, setembro de 2019

Tarcísio Germano de Lemos Filho
Coordenador da Revista de Direitos Fundamentais

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Mauro Alves de Araújo¹

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade demonstrar ao leitor que o devido processo legal, como direito constitucional, eis que normatizado, não pode ser obstado por regras criadas pelos tribunais, mormente, em total desrespeito à legislação processual.

É o que ocorre com a conhecida e abominada “*jurisprudência defensiva*”, mecanismos criados pelos tribunais, principalmente os superiores, para evitar o conhecimento ou o provimento dos recursos extremos. E a necessidade de ser combatida essa “*jurisprudência defensiva*” praticada, especialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça, é por não ser possível questionar no Supremo Tribunal Federal a ofensa ao devido processo legal assegurado pela nossa Constituição Federal, eis que a Corte Suprema entende ser das normas infraconstitucionais a regulação do devido processo legal. Daí um pequeno estudo do que é o devido processo legal, bem como da referida “*jurisprudência defensiva*” e a apresentação de alguns dos óbices mais aplicados pelo Superior Tribunal de Justiça para não conhecimento ou não provimento do recurso extremo.

Palavras-chave: devido processo legal; “*jurisprudência defensiva*”; recurso especial

ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate to the reader that the due process of law, such as constitutional law, as normalized, cannot be hindered by rules created by courts, especially in total disregard of procedural legislation. This is what happens with the well-known and abominated “*defensive jurisprudence*”, mechanisms created by the courts, especially the superiors, to avoid the knowledge or provision of last appeal. To combat “*defensive jurisprudence*” practices, especially, by the Superior Court of Justice, is because it is not possible to question in the Federal Supreme Court the offense to due process of law ensured by our Federal Constitution, behold the Supreme Court understands to be from infra-constitutional law the regulation of due process of law. Hence a small study of what is due process of law, as well as of the referred “*defensive jurisprudence*” and the presentation of some of the most applied obstacles by the Superior Court of Justice for not knowing or not granting the last appeal.

Key words: due process of law; “*defensive jurisprudence*”; special appeal

¹ Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUCSP. Professor de Direito Processual Civil na FADIPA-UNIANCHIETA. Advogado.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca apresentar uma rápida visão sobre o devido processo legal, direito fundamental assegurado expressamente em nossa Constituição Federal, e a sua violação, diante de uma persistente e infundada jurisprudência defensiva aplicada em nossos tribunais.

Não se tem a pretensão de esgotar a questão, complexa a ponto de exigir um tratado para tanto, mas sim apresentar o que se pode ter como o devido processo legal, ante os conceitos apresentados pela doutrina e pela própria jurisprudência.

A jurisprudência defensiva, aplicada, principalmente, nos tribunais superiores, por sua vez, é apresentada como aquela em que, a não observância de qualquer formalidade processual, é suficiente para que o recurso extremo não seja conhecido, ou seja, o apego formal e rigidez excessiva em relação aos requisitos de admissibilidade do recurso.

Isso em nome de uma celeridade processual, ante o grande número de recursos que chegam aos tribunais, mormente os superiores, que se somam ao expressivo número de ações de suas competências originárias, mas que carecem de infraestrutura para tamanha demanda.

Para tanto, inicialmente, importante tratar do que se tem como o devido processo legal, e esclarecer no que consiste a jurisprudência defensiva. Posteriormente, tratar-se-á dos óbices criados pela jurisprudência defensiva, repita-se, mormente nos tribunais superiores, para não conhecimento do recurso com decisões estereotipadas.

E com essa posição, jurisprudência defensiva, muitos requisitos não previstos expressamente em lei, ou mesmo quando previstos em lei, quando não atendidos no recurso, não são permitidos sanar, embora a lei processual não fulmine de nulidade absoluta o não cumprimento de um requisito recursal no momento da propositura do mesmo. Pior, quando se tem como certo que o atual estatuto processual civil prima pelo conhecimento da questão de mérito do recurso, permitindo ser sanado o defeito recursal, em prol da verdadeira distribuição da Justiça.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A idéia de “devido processo legal”, conhecido como “*due process of law*”, por sua origem no direito constitucional inglês, Carta Magna de 1215², tratando a Declaração Universal dos Direitos do Homem dessa mesma idéia em seu artigo XI, nº 1³, e tem como finalidade assegurar à pessoa o direito a um julgamento justo, antes de ser, eventualmente, privado de sua liberdade e de seus bens, com a garantia de ter permitida a utilização de todos os meios constitucionais e legais no processo, tanto quanto aos trâmites, como às formalidades, procedimentos e garantias, vale consignar, “o termo “devido” assume o sentido de algo ‘previsto’, ‘tipificado’”⁴.

A nossa Constituição Federal em vigor acabou por normatizar esse princípio que era respeitado anteriormente. É o que se constata em seu artigo 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A importância do devido processo legal é antiga e praticamente universal⁵, pois presente como princípio em nossas anteriores constituições, embora somente normatizada na vigente Constituição.

Também, em grande parte das constituições estrangeiras, mormente dos países signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos⁶, é exigido o devido processo legal para validade da restrição de liberdade e da perda de bens de uma pessoa.

Isso nos leva a refletir o que é o devido processo legal, eis que não é normatizado o conceito desse princípio fundamental à validade do processo. Mas, como mencionado, a exegese desse princípio leva à conclusão de ser necessário um conjunto de atos processuais em

² Curso de Direito Constitucional Positivo, José Afonso da Silva, 9ª ed., 3ª tiragem, Malheiros Editores, p. 378; Direito Constitucional, Alexandre de Moraes, 33ª ed., Atlas, p. 84

³ “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”

⁴ Curso de Direito Constitucional, André Ramos Tavares, 10ª ed., Editora Saraiva, p. 740

⁵ Ainda que de forma assistemática e não completa, como ensina Luiz Rodrigues Wambier, em “Anotações sobre o devido processo legal”, Revista de Processo nº 63, Editora Revista dos Tribunais, p. 57

⁶ Essa convenção também é tratada como “*Pacto de San José da Costa Rica*”, tratado internacional assinado por países que integram a Organização dos Estados Americanos, e cuida em seu artigo 8º, 1, das garantias judiciais, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a razoabilidade de duração do processo.

consonância com a Constituição Federal e com a lei infraconstitucional, que tratem de processo.

E dentre esses atos processuais, devem ser respeitados princípios basilares e ora normatizados em nossa Constituição Federal, como o direito ao contraditório e à ampla defesa, o direito ao juiz natural, o direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, e o direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica, além de princípios consubstanciados nesse devido processo legal, a saber: inafastabilidade de jurisdição, o direito ao juiz natural e a publicidade do processo⁷.

O Ministro Celso de Melo, como relator do Habeas Corpus nº 94.016, no seu voto definiu direitos básicos inerentes ao devido processo legal:

Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. (grifos e negritos no original)

Mais, o mesmo Ministro, em referido julgamento, definiu como prerrogativas essenciais ao devido processo legal protegido pela nossa Constituição Federal:

(a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis 'ex post facto'; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de 'participação ativa' nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. (grifos e negritos no original)

⁷ Curso de Direito Constitucional, Gilmar Mendes e Paulo Branco, 8ª ed., Editora Saraiva, p. 66

Ainda, o Ministro Celso de Melo, no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade-Medida Cautelar nº 2667, como relator, proferiu valioso voto para incluir como indispensável ao devido processo legal a questão material, princípio do “*substantive due process of law*”, permitindo ao julgador afastar a aplicação de uma norma legal, ainda que formalmente constitucional, se a mesma não atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além de ofender a outros direitos fundamentais, como o da isonomia.

Cândido Rangel Dinamarco⁸, desde antes, defende igual posição, afirmando que a vigente Constituição Federal impôs, em nome de um devido processo legal, “*numerosas limitações ao poder do legislador*” e não apenas à garantia de um processo jurisdicional, para que o direito material não contrarie direitos fundamentais.

Assim, fácil constatar que o devido processo legal está muito além de normas processuais, constitucionais ou infra-constitucionais, por exigir também a observância da norma material invocada, que necessita estar em consonância com a nossa Constituição Federal, não só no aspecto formal, mas, principalmente, no aspecto material, eis que imprescinde de consonância com os direitos fundamentais protegidos em nossa Constituição Federal.

Esses dois julgados do Supremo Tribunal Federal são anteriores ao vigente Código de Processo Civil, que trouxe importante inovação para a decisão judicial, ao exigir do juiz a devida fundamentação, especialmente quando afasta uma tese de defesa ou aplica uma jurisprudência consolidada, artigo 489, II, e § 1º, do Código de Processo Civil.

Embora se tenha como constitucional a exigência de fundamentação, artigo 98, X, da Constituição Federal, imprescindível para a devida prestação jurisdicional assegurada às partes na mesma Carta Maior, não afastada nem por lei, artigo 5º, XXXV.

Portanto, quando se tem a interposição de um recurso, o que se pretende é o esgotamento de um direito constitucional à prestação jurisdicional, monopólio do Estado, o que é feito com o devido processo

⁸ Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo I. 4ª ed., Malheiros Editores, pp. 175/178 ___

legal, previsto como direito fundamental, e não pode um excesso de formalismo, muitas vezes não previsto em lei, ser óbice ao conhecimento do recurso, mormente por haver previsão na legislação processual para buscar sempre o conhecimento do mérito, artigos 4º, 6º e 488, todos do CPC, permitindo-se a correção de algum erro que não seja fulminado de nulidade na própria lei, inclusive nos recursos extremos, artigo 1029, § 3º, do CPC.

E isso é lógico, pois “*o processo deve caminhar em direção à sua função: resolver o problema das partes, retratado no mérito*”⁹.

E com essas poucas linhas sobre o devido processo legal, não é difícil concluir que a jurisprudência defensiva, tão utilizada em nossos tribunais superiores, ofende veemente o devido processo legal.

Isso porque, com essa jurisprudência defensiva, muitos requisitos não previstos expressamente em lei, ou mesmo quando previstos em lei, quando não atendidos no recurso, não são permitidos sanar, embora a lei processual não fulmine de nulidade absoluta o não cumprimento de um requisito recursal no momento da propositura do mesmo.

Pior, quando se tem como certo que o atual estatuto processual civil prima pelo conhecimento da questão de mérito do recurso¹⁰, permitindo ser sanado o defeito recursal, em prol da verdadeira distribuição da Justiça, pois o devido processo legal exige que seja justo¹¹, consoante o disposto no artigo 932, parágrafo único, do CPC. O que não pode ser considerado quando o direito material sucumbe ao formalismo criado por uma jurisprudência, ou seja, a solução do conflito, que envolve o conhecimento do mérito, com a aplicação do direito material, não ocorre por um excesso de formalismo, sem previsão legal. Isso ofende, inexoravelmente, outro

⁹ Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lucia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, e Rogério Licastro Torres Mello. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. Editora Revista dos Tribunais, p. 462

¹⁰ Nesse diapasão, a Exposição de Motivos do vigente Código de Processo Civil; “...permite-se no novo CPC que os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cuja solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importantes. Trata-se de regra afeiçoada à processualística contemporânea, que privilegia o conteúdo em detrimento da forma, em consonância com o princípio da instrumentalidade.”

¹¹ André Ramos Tavares, ob. cit., p. 740

princípio constitucional, o da legalidade, artigo 5º, II, da Constituição Federal.

Ora, se a lei processual permite a correção de um defeito recursal, se o mesmo não fulminar de pena, não podem os tribunais criar “normas” em sentido contrário.

E o devido processo legal, embora instituto protegido constitucionalmente, tem que ser reconhecido como violado pelas instâncias infra-constitucionais, ante a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal há tempo¹², o que impede a alegação de sua violação em grau de recurso extraordinário.

Daí a necessidade de traçarmos algumas linhas sobre essa abominada prática em nossos tribunais superiores, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização de jurisprudência e pela interpretação das normas infra-constitucionais, eis que as normas processuais é que regulam o devido processo legal assegurado pela Constituição Federal.

JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Uma prática cada vez mais presente em nossos tribunais e odiada pelos jurisdicionados, e muito mais pela advocacia¹³, é a que aplica um exacerbado formalismo processual para impedir o conhecimento do recurso, mormente nos tribunais superiores, isso quando esse excesso de formalismo não é aplicado “*contra legem*”.

O direito constitucional de acesso à justiça e o devido processo legal, não podem se resumir ao direito do jurisdicionado entrar em juízo,

¹² ARE 748371 RG / MT, julgado em 06.06.2013, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, EMENTA: “*Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral.*”

¹³ Um encontro, denominado “*Jurisprudência defensiva: a quem interessa? A oposição da advocacia a essa prática dos tribunais*”, promovido pelas entidades representativas da advocacia: Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), seccional paulista da OAB, Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA) e Movimento de Defesa da Advocacia (MDA), em 20.09.2018, na sede da AASP, lançou o manifesto “*A ADVOCACIA SE OPÕE À PRÁTICA DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS*”

acesso formal assegurado pela nossa Constituição Federal, artigo 5º, XXXV, mas sim, ter o seu recurso conhecido e julgado, mormente no caso do Recurso Especial, acesso material, que, como se verá, tem a primordial função de uniformizar a jurisprudência e dar a interpretação final à lei federal, o que não ocorre quando se depara com essa jurisprudência defensiva, ainda que os defensores dessa afirmem se tratar de respeito ao princípio da celeridade processual, artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Olvidam-se os tribunais superiores que uma de suas funções institucionais é exatamente verificar a ofensa à Constituição Federal, no caso do STF, e pacificar a jurisprudência nacional e/ou ser o interprete máximo de uma norma infra-constitucional federal, no caso do STJ.

O custo de nossos tribunais superiores é muito alto para o povo brasileiro para não atender a seus fins institucionais.

A BBC do Brasil noticiou recentemente¹⁴, que os “*dados mais recentes da Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (Cepej) mostram que o Brasil não só paga a seus juízes mais que países europeus, mas o poder judiciário brasileiro também é mais caro que o destes países, considerando o tamanho das nossas economias*”. Isso porque, o salário de um Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, em 2017, correspondia a 16 vezes o salário médio de um trabalhador brasileiro, enquanto na União Europeia, o salário de um magistrado da Suprema Corte equivale a 4,5 vezes o salário médio de um trabalhador¹⁵.

Mais, como consta na mesma notícia da BBC do Brasil, o custo médio de um juiz brasileiro, com salário, benefícios e salários, é de R\$ 47.000,00 por mês, algo muito alto para os padrões brasileiros, onde o salário mínimo é inferior a R\$ 1.000,00.

Nos Estados Unidos, país mais rico e com a melhor economia do mundo, os juízes que não tem nenhum benefício ou abono, nem mesmo

¹⁴ Notícia de novembro de 2018, conforme consultado em 01.09.2019, no sítio <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45124032>

¹⁵ O salário-base do Supremo Tribunal Federal era R\$ 33,7 mil, enquanto a renda média de um trabalhador do país era R\$ 2.154 no fim de 2017. Na União Européia o salário-base, em 2014, um magistrado de uma das Supremas Cortes recebia, em média, 65,7 mil euros por ano, uma média de quatro e oitocentos euros por mês, o que, ao câmbio atual, não ultrapassa R\$ 24.000,00,

direito a carro com motorista, exceto o presidente da Suprema Corte, como ocorre no Brasil, e o salário de um magistrado norte-americano equivale a 3,6 vezes a renda média de um trabalhador¹⁶. O salário do juiz norte-americano, na média, equivale em reais ao de um juiz brasileiro, mas nos Estados Unidos o salário mínimo não é inferior a US\$.1.600,00, algo em torno de R\$ 6.670,00 ao câmbio atual.

Como se observa, um juiz dos tribunais superiores brasileiro ganha muito para não prestar o serviço que lhe compete. Se há um excesso de serviço e uma falta de estrutura a permitir a prestação jurisdicional, readéque-se o Poder Judiciário, mas não deixe de prestar o serviço que lhe compete.

De nada adianta um processo célere, se a devida prestação jurisdicional não foi dada¹⁷. O Ministro Cesar Asfor Rocha¹⁸, em seu discurso de posse na presidência do STJ, bem lembrou da importância que cada processo representa às partes, com as seguintes palavras:

Jamais nos esqueçamos de que, em cada processo judicial, salvo o motivado por um capricho tenebroso, julgamos um capítulo ou toda uma vida, uma liberdade suprimida, um pouco de um patrimônio ou todo um patrimônio, a reparação de uma honra esmagada, uma esperança em busca de justiça.

Em cada processo hospeda-se uma vida!

Isso importa dizer que, embora o STJ tenha consciência da importância do mérito de um processo para cada uma das partes, ainda mantém o formalismo exagerado para conhecimento de um recurso.

Como mencionado no referido encontro “*Jurisprudência defensiva: a quem interessa? A oposição da advocacia a essa prática dos tribunais*”:

Mais do que recusar recursos com apoio em formalismos exacerbados, a jurisprudência defensiva atenta contra o direito fundamental de acesso à jurisdição e ao devido processo legal, e contraria os princípios da primazia do julgamento do mérito e da instrumentalidade do processo,

¹⁶ Notícia de fevereiro de 2018, na Gazeta ONLINE, conforme consultado em 01.09.2019, no sítio <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/mundo/2018/02/nos-estados-unidos-juizes-nao-tem-compensacoes-para-bancar-moradia-1014117980.html>, e novembro de 2018, no Consultor Jurídico, conforme consultado em 01.09.2019, no sítio <https://www.conjur.com.br/2018-nov-19/juizes-federais-eua-aposentam-salario-integral>

¹⁷ VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. REPRO VOL. 254 (ABRIL 2016). Revista de Processo

¹⁸ https://www.conjur.com.br/dl/discurso_Asfor_Rocha.pdf

sedimentados no ordenamento jurídico brasileiro e, agora, positivados no novo Código de Processo Civil.

A garantia do devido processo legal vem expressa no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Noutras palavras, o processo deve visar à efetiva resolução do conflito pela decisão fundamentada de mérito. Assegura-se, portanto, até os limites do possível, a análise de fundo dos recursos definidos na lei processual, como expressão concreta do devido processo legal substantivo¹⁹.

Com o advento do vigente CPC, havia esperança de que essa odiosa jurisprudência defensiva tivesse fim, o que, infelizmente, não ocorreu, conforme se constata na prática, apesar de algumas posições do Superior Tribunal de Justiça em sentido de afastar, em algumas situações, a jurisprudência defensiva, ante a evolução histórica do direito processual e dos direitos fundamentais dos cidadãos e o princípio da primazia do julgamento de mérito²⁰.

Destaca-se dessas posições no STJ, a adotada pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no seu voto-vista vencido no julgamento do AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.024.805-RS (2016/0315061-3), Relator Ministro Sérgio Kukina, julgado em 28.09.2017, para afastar a incidência da jurisprudência defensiva, assim ementada:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. A INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.003, § 6º. DO CPC/2015 DEVE SE DAR DE FORMA HARMÔNICA COM O ART. 932, PARÁG. ÚNICO DO MESMO REPOSITÓRIO. ORIENTAÇÃO RECENTE DA SUPREMA CORTE (ARE 953.221/SP) QUE APLICA O ART. 932, PARÁG. ÚNICO DO CPC/2015 NOS CASOS DE VÍCIOS FORMAIS. APROVAÇÃO DO ENUNCIADO 66 NA I JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, QUE CORROBORA A TESE AQUI DEFENDIDA. VEDAÇÃO AO RETROCESSO NA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL E NA APLICAÇÃO DA NOVEL LEGISLAÇÃO PROCESSUAL. PREVALÊNCIA DO ESPÍRITO SANEADOR E DAS GARANTIAS QUE SÃO BASILARES DO CÓDIGO FUX DE PROCESSO CIVIL. INCIDÊNCIA, AINDA, DO MESMO FUNDAMENTO DEFENDIDO PELO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO, AQUI NO ÂMBITO JURISPRUDENCIAL. VOTO DIVERGINDO DO EMINENTE MINISTRO RELATOR PARA DAR PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, AFASTANDO, DESSA FORMA, A ALEGADA

¹⁹ <https://www.aasp.org.br/em-pauta/manifesto-contra-jurisprudencia-defensiva/>

²⁰ Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 742.240 - MG (2015/0167294-0), Corte Especial, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 19.09.2018

INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, COM O FITO DE OPORTUNIZAR A APRECIÇÃO DO APELO RARO, E DECIDI-LO COMO DE JUSTIÇA.”

Aliás, vale consignar que antes do advento do hodierno Código de Processo Civil, o STJ tinha entendimento que, ante os “*princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, é possível a relativização das regras previstas no art. 264 do CPC*” então vigente (CPC/1973)²¹.

Entretanto, hodiernamente, apesar dos avanços do CPC vigente, o que encontramos, ainda, é um Superior Tribunal de Justiça aplicando a jurisprudência defensiva para reduzir o número de processos julgados pelo tribunal.

É o que se constata quando o referido tribunal ainda discute, em repercussão geral, a necessidade ou não de comprovação, no ato de interposição do recurso especial, de feriado local, não admitindo a comprovação posterior²².

ALGUNS ÓBICES RECURSAIS CRIADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Não se pretende esgotar as hipóteses criadas pelos tribunais superiores consideradas como jurisprudência defensiva, eis que a questão demandaria muito mais espaço que o definido para um artigo, como o presente, mas apenas apontar as hipóteses mais comuns e utilizadas pelos Ministros para desprover ou negar conhecimento ao recurso extremo.

Felizmente, alguns desses óbices foram eliminados com o advento do CPC vigente, outros, entretanto, não foram, embora exista meio processual a tanto.

É o que se observava na vigência do Código de Processo Civil revogado, quando (*a.*) um recurso era interposto antes da intimação do acórdão proferido no recurso anterior e não ratificado posteriormente à intimação.

²¹ REsp nº 1473280/ES, Terceira Turma, Relator Ministro Moura Ribeiro, j. 1.12.2015

²² Agravo em Recurso Especial nº 1.813.684

Qualquer operador de Direito, e até mesmo um estudante de Direito, sabe que a prática de um ato processual antes de sua intimação para tanto representava uma antecipação do ato, preclusão consumativa, sem qualquer prejuízo à parte contrária ou ao processo, portanto, sem nulidade, consoante o disposto no artigo 244, do CPC/73, eis que o artigo 184, § 2º, do antigo CPC, não fulminava de nulidade o ato praticado antes da intimação.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em sentido contrário, pacificando a sua jurisprudência na sua Súmula nº 418, que preceitua:

É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

Esse é apenas um dos exemplos da jurisprudência defensiva existente até o advento do novo CPC, artigo 218, § 4º, que, expressamente, afastou essa odiosa prática de recusar o conhecimento de recurso por antecipação da interposição do recurso.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na sessão de 1º de julho de 2016, determinou o cancelamento desta Súmula n. 418, ante a vigência do CPC/2015, editando nova súmula, sob nº 579, com o seguinte texto:

Não é necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração, quando inalterado o resultado anterior.

Como se observa, ainda é exigida a ratificação do recurso especial, se o julgamento dos embargos de declaração alterar o resultado anterior²³, o que não encontra respaldo na legislação processual em vigor, embora a justificativa para tanto seja que intempestividade não representa vício sanável.

Evidente que, quando o Superior Tribunal de Justiça recusa-se a conhecer de recurso que não traz na sua interposição a prova de feriado local, inadmitindo a prova posterior, causa total prejuízo ao devido processo legal e à prestação jurisdicional, não se olvidando que

²³ Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1176390/SP

anteriormente admitia essa prova²⁴, e fazendo tábula rasa do disposto nos artigos 932 e 1.029 do CPC.

Outras duas súmulas muito utilizadas para evitar o conhecimento ou o provimento de recurso especial, são as Súmulas 05 e 07/STJ²⁵. Embora quando foram editadas, nos idos de 1990, pode-se entender a razão das mesmas, evitar que o tribunal superior se tornasse uma terceira instância, mas, atualmente, é utilizada para evitar o conhecimento de um recurso especial, apesar de não haver necessidade de interpretação de cláusula contratual ou reexame de fatos ou de provas.

Na prática, quando se questiona a validade de uma cláusula contratual diante do Código de Defesa do Consumidor, o que se busca é demonstrar a abusividade dessa cláusula e, portanto, sua nulidade, o que, é lógico, que precisa ser verificada a cláusula contratual, (b.) não havendo o óbice da referida Súmula 05/STJ.

O mesmo pode-se dizer quanto à discussão de uma ofensa a um dispositivo legal, fundamento do recurso extremo, onde é inevitável a análise de alguns fatos ou de alguma prova. É o que ocorre, por exemplo, quando se aponta a ofensa ao artigo 489, § 1º, IV, do CPC, por não ter sido analisada a tese de defesa apresentada pela parte recorrente. É óbvio que para chegar a conclusão de haver ou não a ofensa a esse dispositivo legal, o tribunal precisa examinar os fatos e as provas apresentadas, não havendo como concluir de outra forma, não podendo isso ser considerado um óbice ao conhecimento ou provimento do recurso.

Alguns Ministros do Superior Tribunal de Justiça, visando contornar o óbice da Súmula 07/STJ, decide que o que se tem, na maioria das vezes, é a necessidade de valoração da prova produzida (AgInt no AREsp 1310567/PA), pois *“a errônea valoração da prova que enseja a incursão desta Corte na questão é a de direito, ou seja, quando decorre de má aplicação de regra ou princípio no campo probatório e não para que se colham novas conclusões sobre os elementos informativos do processo”* (AgInt no AREsp n. 1.295.277/PR, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA

²⁴ Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 137.141/SE

²⁵ Súmula 5 - A simples interpretação de cláusula contratual não enseja Recurso Especial; Súmula 7 - A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 30/10/2018)”, o que não encontra, portanto, o óbice da (c.) Súmula 07/STJ.

Outro óbice muito comum no Superior Tribunal de Justiça é a aplicação de sua (d.) Súmula 211, que afirma ser “*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo*”.

Ocorre que o CPC vigente, em seu artigo 1025, determina que:

Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Isso importa dizer que o Superior Tribunal de Justiça não pode aplicar a referida Súmula 211 quando há embargos de declaração prequestionadores não apreciados adequadamente pelo tribunal inferior, como equivocadamente vem ocorrendo²⁶.

Curioso que em grande parte dos recursos especiais que atacam a ofensa ao artigo 1022, II, do CPC, por omissão no conhecimento dos embargos de declaração, quanto às ofensas ali levantadas e prequestionadas, o Superior Tribunal de Justiça afirma não haver a referida ofensa ao artigo 1022, II, do CPC, por ter o tribunal inferior conhecido de toda a matéria posta, mormente nos embargos de declaração prequestionadores, e acabam não conhecendo das demais ofensas à legislação federal levantada no recurso especial, por aplicação da Súmula 211/STJ.

É incrível como um assessor de ministro, responsável pela elaboração do voto, não perceba a incoerência da decisão, pois se a parte recorrente alega a omissão no julgamento dos embargos de declaração, por não terem sido conhecidas as ofensas prequestionadas, daí a nova ofensa, no caso ao artigo 1022, II, do CPC, evidente que a matéria posta não foi conhecida e não há como aplicar a referida Súmula 211/STJ.

Como mencionado alhures, não se tem a pretensão de esgotar as hipóteses de óbices criados pelo Superior Tribunal de Justiça como

²⁶ Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.407.304-SP.

jurisprudência defensiva, acreditando-se que essas quatro hipóteses apontadas (*a.*, *b.*, *c.*, e *d.*) são suficientes para o leitor constatar o quão nefasta é essa jurisprudência defensiva ao devido processo legal.

CONCLUSÕES FINAIS

Apesar de se ter apontado algumas conclusões no decorrer do presente artigo, mostra-se necessária a sua eventual reiteração no presente tópico para que se entenda a posição adotada a respeito.

O devido processo legal, direito constitucional normatizado, somente é reconhecido como violado pelo Supremo Tribunal Federal quando as instâncias inferiores apreciam as normas infraconstitucionais que regulam o processo, o que pode ser considerado óbice criado pelo Supremo Tribunal Federal para evitar, indevidamente, o conhecimento ou provimento do recurso extraordinário.

O devido processo legal deve ser considerado não apenas quanto às normas processuais, mas também quanto ao direito material, o que é conhecido como “*substantive due processo of law*”, por ser o processo meio ao direito perseguido, daí a importância da devida aplicação do direito material no processo.

Os óbices criados pelos tribunais, mormente os superiores, para evitar o conhecimento ou o provimento de um recurso, não podem subsistir, devendo ser buscado o fim dessa jurisprudência defensiva, para evitar que o direito dos jurisdicionados seja violado não somente pela parte contrária, mas também por “*normas*” dos tribunais que visam a redução de seus processos sem a devida apreciação dos mesmos.

Como solução alternativa à jurisprudência defensiva, mostra-se mais adequada uma maior priorização de gastos nos tribunais, permitindo que se tenha uma infraestrutura mais eficaz à solução da demanda existente nos tribunais, somando-se a isso uma maior consolidação da jurisprudência nos tribunais, na forma preconizada nos artigos 976 e 1036, ambos do CPC, diminuindo com isso o número de recursos repetitivos, por conseguinte, número de recursos/demandas, sem ofender os princípios constitucionais de acesso à justiça e do devido processo legal.

De outra forma, os tribunais superiores, que existem exatamente para garantir a melhor interpretação de uma norma constitucional e infraconstitucional, pacificando a jurisprudência sobre essa interpretação, não se justificam mais, podendo serem extintos, e, por conseguinte, reduzido o gasto milionário que o país tem para a manutenção dos mesmos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo I. 4ª ed., Malheiros Editores, 2001

MENDES, Gilmar Ferreira, e **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 8ª ed., Editora Saraiva, SP, 2013.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 33ª ed., Editora Atlas, SP, 2017

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª ed., 3ª tiragem, Malheiros Editores, SP, 1993

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, 10ª ed., Editora Saraiva, SP, 2012

VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. RePro - Revista de Processo vol. 254, Editora Revista dos Tribunais, SP, abril de 2016

WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Anotações sobre o devido processo legal”, Revista de Processo nº 63, Editora Revista dos Tribunais, SP, julho/setembro de 1991

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, **CONCEIÇÃO**, Maria Lucia Lins, **RIBEIRO**, Leonardo Ferres da Silva, e **MELLO**, Rogerio Licastro Torres. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. Editora Revista dos Tribunais, SP, 2016

Sítios consultados

Notícia de novembro de 2018, conforme consultado em 01.09.2019, no sítio <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45124032>

Notícia de fevereiro de 2018, na Gazeta ONLINE, conforme consultado em 01.09.2019, no sítio <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/mundo/2018/02/nos-estados-unidos-juizes-nao-tem-compensacoes-para-bancar-moradia-1014117980.html> , e novembro de

2018, no Consultor Jurídico, conforme consultado em 01.09.2019, no sítio
<https://www.conjur.com.br/2018-nov-19/juizes-federais-eua-aposentam-salario-integral>
<https://www.aasp.org.br/em-pauta/manifesto-contrajurisprudencia-defensiva/>
https://www.conjur.com.br/dl/discurso_Asfor_Rocha.pdf

O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

JOÃO PAULO ORSINI MARTINELLI²⁷
FABIO PREVELATO²⁸

SUMÁRIO: 1. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos – 2. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos – 3 A Comissão Americana de Direitos Humanos – 4. A Corte Interamericana de Direitos Humanos – 5. Referências Bibliográficas.

1. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno jurídico recente na sociedade contemporânea. O movimento surge no contexto histórico pós-guerra em “resposta às atrocidades cometidas pelo nazismo.”²⁹ Segundo o conceito de André de Carvalho Ramos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é “conjunto de direitos e faculdades que garante a dignidade da pessoa humana e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas.”³⁰ Especificar esta terceira segmentação do Direito Internacional se faz necessário porque os Direitos Humanos não podem ficar restritos apenas a uma relação entre Estados ou entre particulares. Deve haver uma interação de

²⁷ Advogado. Mestre e Doutor em Direito (USP). Pós-Doutor em Direitos Humanos (Universidade de Coimbra). Membro efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo.

²⁸ Advogado criminalista. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

²⁹ PIOVESAN Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p.32.

³⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos análise dos sistemas de apuração de violação de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. 1ª edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 25.

normas que os Estados devem respeitar em consideração não apenas a si mesmos como pessoas jurídicas de direito público, mas aos seus integrantes, quais sejam, as pessoas humanas.³¹

Nesse diapasão retroaduzido, emerge a imprescindível necessidade de tornar a tutela dos direitos humanos em legítimo interesse universal. Desta maneira, as questões atinentes aos direitos humanos ultrapassariam a soberania nacional dos Estados visando o respeito e a promoção destes.³² Portanto, a soberania é relativizada em prol da proteção dos direitos humanos. Ademais, sob um enfoque filosófico, a concepção “hobessiana” sobre a soberania pautada no poder Estatal cede espaço á concepção “kantiana” pautada na cidadania universal, fundamentada na premissa de que o ser humano é um fim em si mesmo e não o meio para a existência do Estado.³³

Diante da circunstância histórica vigente pós-guerra e a premência da tutela dos direitos humanos, a Carta das Nações Unidas (1945) representou a modificação desse contexto internacional tratando o respeito aos direitos humanos como um objetivo universal a ser seguido. Vale ressaltar, que “até a fundação das Nações Unidas, em 1945, não era seguro afirmar que houvesse em direito internacional público, preocupação consciente e organizada sobre o tema de direitos humanos.”³⁴

No dia 10 de dezembro, de 1948, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens foi o primeiro texto jurídico internacional que trouxe um catálogo completo de direitos humanos.³⁵ Nessa vereda, os diplomas supracitados serviram de alicerce para o Direito Internacional dos Direitos Humanos e para o sistema universal de proteção dos direitos humanos. Outrossim, insta salientar, que os mesmos diplomas definem e fixam os

³¹ PIOVESAN, Flávia. **Declaração Universal dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas**. Política Externa, São Paulo, v. 17, n.2, 2008. pp. 41 e ss.

³² PIOVESAN Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva 2010. p. 5.

³³ PIOVESAN, Flávia. **Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora DPJ, 2008.

³⁴ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva 2010, p.223.

³⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva 2011, p. 548.

direitos e liberdades fundamentais que devem ser tutelados por todos Estados.³⁶ A Declaração Universal dos Direitos dos Homens sistematizou um conjunto de direitos mínimos que garantissem a dignidade humana e que deveria ser adotado por seus signatários.

Entretanto, os referidos institutos não possuem força jurídica obrigatória e vinculante, tratam-se apenas de alicerces que direcionam os Estados na proteção dos direitos humanos. Neste passo, houve a necessidade de criar um sistema que possuísse efetividade na tutela dos direitos contidos na Declaração Universal. A opção escolhida foi que “a Declaração deveria ser “juridicizada” sob a forma de tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional.”³⁷

O processo de “jurisdicização” iniciou-se em 1949 e perdurou até o ano de 1969, culminando na criação dos tratados internacionais - O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – que foram acrescidos a Declaração Universal de Direito Humanos. A incorporação dos Pactos trouxe a preterida força jurídica vinculante e obrigatória para a Declaração. Sendo, portanto, um marco para a tutela dos direitos humanos.³⁸

Sob esse pálio, diante das transformações ocorridas, surge a Carta Internacional dos Direitos Humanos, que é formada pelos pactos supramencionados e a Declaração Universal de Direitos Humanos, que juntos desencadearam a criação de inúmeros tratados internacionais, Formando, portanto o Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos.

Diante das transformações nasce, também, o denominado Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos, cujos principais documentos

³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva 2010, p.161.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva 2010, p.162.

³⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva 2010, p.162

desse sistema são: A Convenção Europeia (1950), a Convenção Americana (1969) e a Carta Africana de Direitos dos Homens e dos Povos (1986). Por conseguinte, houve um aumento do roll de direitos a serem assegurados, todavia o seu encaço geográfico ficou mais restrito.³⁹

Indubitavelmente, a complementariedade dos sistemas de proteção dos direitos humanos no âmbito universal e regional demonstra a autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos que possui como sua maior peculiaridade o direito de proteção.⁴⁰ É mister esclarecer, que a proteção universal e regional de direitos humanos detém condão suplementar, ou seja, ela funciona quando os Estados demonstrarem omissos na tutela efetiva dos direitos humanos. Nesse sentido, oportuna é a lição da professora Flávia Piovesan que discorre:

O sistema internacional de proteção de direitos humanos apresenta instrumentos de âmbito global e regional, como também de âmbito geral e específico. Adotando o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. A sistemática internacional, como garantia adicional de proteção institui mecanismos de responsabilização e controle acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissos na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais.⁴¹

Neste passo, os sistemas universais e regionais são complementares, todos movidos e influenciados pela Declaração Universal. Diante desses sistemas, ocorrendo uma violação de direitos, caberá ao indivíduo escolher o aparato que lhe seja mais favorável, pois, muitas vezes, os instrumentos tutelam os mesmos direitos, seja no âmbito geral ou regional. Diante dessa

³⁹ NETO, Manoel Bonfim do Carmo. **O papel dos sistemas regionais na proteção dos Direitos Fundamentais**. Revista Mestrado em Direito. Osasco, Ano 8, n.1, 2008, p. 309-326. Acesso em: 21/06/12.

⁴⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado “**The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century**”, 3 *Cursos Euromediterrâneos Bancaja de Derecho Internacional* – Castelon (1999-2000) pp.145-221 *apud* TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume III, 1ª edição. Porto Alegre, Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p.28.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**.3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33

situação aduzida prevalecerá o princípio da norma mais favorável á vítima.⁴²

2. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O marco inicial para o nascimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi a Declaração Americana de 1948 ,“que formou a base normativa central da matéria no período que antecede a adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1969.”⁴³

Destarte, a Convenção Americana busca fortalecer e assegurar os direitos contidos na Declaração Universal de 1948, no âmbito dos países fazem parte da Organização dos Estados Americanos.(OEA). Logo, somente os membros desta Organização é que poderão aderir á Convenção.

A Convenção Americana de Direitos Humanos é o principal instrumento de proteção para tutela dos direitos humanos na América, tendo sido aprovada em 1969, em São José, na Costa Rica, sua entrada em vigor aconteceu no ano de 1978. Vale aludir, que no ano de 1992, a Convenção foi ratificada por 25 países. Quais sejam: Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Perú, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela.⁴⁴

Convêm destacar que a Convenção garante a proteção em um rol de direitos civis e políticos semelhantes ao do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Dentro os quais, os que mais se avultam são: o direito à vida, (art. 4 da Convenção Americana) direito à integridade

⁴²GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.24.

⁴³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume III, 1ª edição. Porto Alegre, Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p.33.

⁴⁴ SILVA, Andressa de Souza. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Rev. Jur., Brasília, v. 8, n. 79, p.47-61, jun./jul., 2006, acesso em: 19/06/2012.

pessoal (art.5 da Convenção Americana) o direito de não ser submetido à escravidão, (art. 6 da Convenção Americana) direito à liberdade pessoal, (art.7 da Convenção Americana) e o direito da honra e da dignidade, (art. 11 da Convenção Americana).

Em 1988, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos aderiu o denominado Protocolo de San Salvador, que adicionou uma lista de direitos sociais, econômicos e culturais, nos mesmos moldes do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Ficou reforçada a intenção de garantir e efetivar, em âmbito regional das Américas, aquilo que já tinha sido estipulado em nível universal.

De toda sorte com o tempo foram adotados os mais diversos protocolos de proteção especial pela Convenção Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos, tais como, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, e Erradicar a violência contra a Mulher (1994), a Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores (1994), e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.⁴⁵

Insta salientar, portanto, que diante dos direitos e liberdades contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, os Estados signatários deverão respeitar e buscar a efetividade deles através de medidas legislativas ou de qualquer outra natureza. Por consectário, os governos terão obrigações negativas e positivas. Estas no sentido de assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos, e aquelas na medida em que há uma obrigação de não violar os direitos individuais.⁴⁶

Em suma, para conhecer de assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o artigo 33 da mesma institui a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio; MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **O Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/o_brasil_e_o_sistema_interamericano_de_direitos_humanos.pdf> Acesso em: 20/06/2012.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.24.

de Direitos Humanos, com o objetivo de dar a maior efetividade possível aos direitos e liberdades enunciados. Estes órgãos constituem e complementam o Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁴⁷ e suas funções serão analisadas a seguir.

3. A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Primeiramente, vale salientar que a Comissão Interamericana Direitos Humanos surgiu de uma resolução de 1959, em Santiago, e não de um tratado. Por conseguinte, a criação da Comissão é anterior à Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Sua função, antigamente, era restrita à promoção dos direitos humanos, situação que somente foi modificada no ano de 1962, em Punta del Leste, através de uma resolução, também, recomendando ao Conselho da OEA a ampliação de suas atribuições.⁴⁸

Nessa vereda, a Comissão possui duas principais competências. Em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos, ela alcança todos os Estados signatários, velando pelos direitos humanos enunciados naquela. Ademais, a Comissão detém competência, também, para com os Estados Membros da Organização dos Estados Americanos, na questão atinente aos direitos garantidos na Declaração Americana de 1948.⁴⁹

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem sede em Washington DC, nos Estados Unidos e é formada por sete integrantes. Conforme se depreende da leitura do artigo 34 da Convenção, os comissionados “deverão ser pessoas da mais alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos.”

⁴⁷ Artigo 33 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos: “São competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Membros nesta Convenção:

§1 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão,

§2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.”

⁴⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume III, 1ª edição. Porto Alegre, Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p.33.

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.33.

Os membros da Comissão serão eleitos a título pessoal, pela Assembleia Geral. Os membros poderão ser nacionais de qualquer Estado Membro da Organização dos Estados Americanos. (OEA) e os mandatos serão de quatro anos, permitida apenas uma reeleição. Ademais, é vedado a Comissão ser composta por membros com a mesma nacionalidade.

Dentre as principais funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos podem ser citadas:

- a) conciliadora, entre um Governo e grupos sociais que vejam violados os direitos de seus membros;
- b) assessora, aconselhando os Governos a adotar medidas adequadas para promover os direitos humanos;
- c) crítica, ao informar sobre a situação dos direitos humanos em um Estado membro da OEA, depois de ter ciência dos argumentos e das observações do Governo interessado, quando persistirem estas violações;
- d) legitimadora, quando um suposto Governo, em decorrência do resultado informe da Comissão acerca de uma visita ou de exame, decide reparar as falhas de seus processos internos e sanar as violações;
- e) promotora, ao efetuar estudos sobre temas de direitos humanos a fim de promover seu respeito;
- f) protetora, quando além das atividades anteriores, intervém em casos urgentes para solicitar ao Governo, contra o qual se tenha apresentado uma queixa, que suspenda sua ação e informe sobre os atos praticados.⁵⁰

Outra função de vital importância da Comissão é a possibilidade de receber e examinar as comunicações encaminhadas por indivíduos, grupo de indivíduos ou entidades não governamentais, sobre denúncias de violação de direitos humanos assegurados pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Vale ressaltar que o fato de um país ser signatário da Convenção Americana, faz com que ele, de imediato, subordine-se à função consultiva da Corte Interamericana e a competência ampla da Comissão. Outrossim, o Estado membro da OEA também aceita compulsoriamente a competência da Comissão.

⁵⁰ Hector Fix-Samudio. *Protección jurídica de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, p.153 *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva 2010, p. 260.

A questão atinente ao recebimento denúncia sobre violação de direitos humanos é uma das funções precípua da Comissão. Desta maneira, recebida uma vez a denúncia, incumbe à Comissão, em uma primeira fase, a análise dos requisitos de admissibilidade, (artigo 46 da Convenção), entre os quais se destaca a necessidade de esgotamento dos recursos internos; todavia, esse requisito poderá ser relativizado se houver uma injustificada demora por parte do Estado. Outro requisito importante é a inexistência de litispendência internacional.⁵¹ Em síntese, deve-se apurar o caso, primeiramente no âmbito interno, para projetar provável impunidade para uma grave violação a direitos humanos para, posteriormente, legitimar a ação da Comissão e da Corte.

Após essa primeira fase de admissibilidade da petição - se admitida a denúncia - caberá à Comissão solicitar informações do Governo sobre a suposta violação de direitos humanos. No caso de omissão por parte do Governo sobre as informações solicitadas, e se subsistirem os motivos da petição, a Comissão, se houver a necessidade, investigará os fatos. Finalizado o procedimento, a Comissão buscará uma conciliação entre as partes; no caso de transigência, será efetuado um informe para as partes e um comunicado à secretária da OEA sobre a solução alcançada que, posteriormente, será alvo de publicação. Todavia, restando infrutífera a tentativa de solução amistosa, a Comissão elaborará um relatório conclusivo sobre os fatos fazendo recomendações ao Estado Membro. No lapso temporal de três meses, o caso poderá ser solucionado entre as parte ou será remetido á Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵²

Por fim, convêm destacar o artigo 61 da Convenção Americana, que legitima apenas a Comissão e os Estados-Membros para a possibilidade de submeter casos à Corte Interamericana. Ademais, somente os países que aceitaram de forma expressa e específica a

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.38.

⁵² GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.38.

competência da Corte, conforme artigos 62 da Convenção Americana, é que poderão ser submetidos à jurisdição dela.

4. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui sede em São José, na Costa Rica, sendo composta por sete juízes nacionais dos Estados-Membro da OEA. O mesmo requisito exigido no artigo 32 da Convenção para os membros da Comissão aplica-se aos juízes da Corte, ou seja, deverão ser juristas da mais alta autoridade moral e com notável competência em matéria de direitos humanos. Não há limite de idade. A escolha dos juízes será feita por maioria absoluta dos votos dos Estados-Partes da Convenção Americana com base em uma lista enviada por estes.

53

Os juízes exercem mandato de seis anos, com possibilidade de uma recondução. Assim como na Comissão, a Corte não poderá ter dois juízes de uma mesma nacionalidade. À propósito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é órgão autônomo, com organização e funcionamento independentes da Comissão.⁵⁴

No tocante a suas atribuições a Corte possui duas funções distintas. Desta maneira, a Corte exerce uma função consultiva-interpretativa, isto é, ela interpreta a Convenção Americana, os demais tratados internacionais de direitos humanos, e a jurisprudência internacional nas decisões da Corte e em seus relatórios. Nesse sentido ensina Antônio Augusto Cançado Trindade:

Em virtude do artigo 64(1) da Convenção Americana, os Estados Membros da OEA - tenham ou não ratificado a Convenção - podem consultar a Corte a respeito da interpretação da própria Convenção Americana ou de outros tratados concernentes á

⁵³ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 84.

⁵⁴ NETO, Manoel Bonfim do Carmo. **O papel dos sistemas regionais na proteção dos Direitos Fundamentais**. Revista Mestrado em Direito. Osasco, Ano 8, n.1, 2008, p. 309-326. Acesso em: 21/06/12.

proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Do mesmo modo, os órgãos enumerados no capítulo X da carta da OEA também podem consultar a Corte, dentro de suas esferas e respectivas competências. Ademais, a Convenção permite á Corte (artigo62(2)) emitir, a pedido de qualquer Estado membro da OEA – Parte ou não da Convenção - pareceres sobre a compatibilidade ou não de quaisquer de suas leis internas com a Convenção Americana ou tratados concernentes á proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.⁵⁵

A outra função exercida pela Corte Interamericana é a judicial, ou melhor, contenciosa, porém sua atuação está restrita aos países que aceitaram expressamente a sua jurisdição, conforme expõe do artigo 62 da Convenção. Sua abrangência, portanto, é diferente quando atua como órgão consultivo, pois ela é mais ampla. A crítica que se faz é á faculdade do Estado-Membro submeter-se ou não a jurisdição da Corte. Entende Flávia Piovesan que a jurisdição deveria ser automática e compulsória, pois o “direito á proteção judicial é um direito humano não apenas sob a perspectiva nacional, mas também sob as perspectiva internacional. O acesso á justiça deve, pois, ser assegurado nas esferas nacional, regional e global”⁵⁶.

Em sua função contenciosa, a Corte Interamericana de Direitos Humanos recebe e julga os casos de violação de direitos humanos. Por conseguinte, se houver uma responsabilização do Estado, na sentença proferida pela Corte Interamericana, esse deverá adotar medidas visando á reparação dos danos causados e um amparo amplo às vítimas.⁵⁷ Ademais, a sentença possui força vinculante e obrigatória. Sendo assim, caberá ao

⁵⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume III, 1ª edição. Porto Alegre, Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**.3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 60.

⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.83.

Estado condenado o seu imediato cumprimento. Havendo condenação de caráter compensatório a favor da vítima, tal sentença terá condão de título executivo e poderá ser executada conforme os procedimentos internos de cada Estado respectivos à sentença em seu desfavor.⁵⁸

Vale, por fim, ressaltar a importância das medidas provisórias de proteção que poderão ser tomadas pela Corte em casos de extrema gravidade a fim de evitar um dano que possa ser irreparável. Portanto, a Corte em casos ainda não submetidos à sua jurisdição, todavia pendente na Comissão, e a pedido desta, poderá adotar medidas provisórias garantindo a proteção efetiva dos direitos humanos, tendo em vista sua importância e natureza.⁵⁹

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A grande crítica a ser feita ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos reside no acesso à Corte, que é restrito apenas à Comissão Interamericana e aos Estados Partes; assim, o indivíduo e as ONGs não têm legitimidade para submeter um caso à apreciação. Ressalta-se que o Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos através do protocolo n. 11, permite que qualquer pessoa física, organização não governamental ou grupo de indivíduos, possa submeter, de forma direta, denúncia perante a Corte quando houver violação de direitos enunciados pela Convenção Europeia.⁶⁰ Tal possibilidade revela uma grande evolução para a proteção eficaz dos direitos humanos e, na modesta opinião aqui exposta, o acesso direto de qualquer pessoa física ou jurídica à Corte Interamericana poderia ser adotado no sistema regional americano para dar maior efetividade aos preceitos fundamentais da dignidade humana.

A proteção dos direitos humanos é o maior objetivo da Constituição Federal de 1988. Não deveria haver necessidade de recorrer

⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.45.

⁵⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume III, 1ª edição. Porto Alegre, Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 55

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59.

à Comissão ou à Corte para assegurar a dignidade humana em território brasileiro. Entretanto, o Estado falha gravemente na tutela dos direitos fundamentais por ineficácia de seus órgãos e, por muitas vezes, a atuação externa faz-se necessária. A relativização da soberania nacional para a atividade da jurisdição externa parece não ter mais retorno, pois a defesa dos direitos humanos é um compromisso de todos os Estados para com todas as pessoas. Exemplos maiores são as Cortes regionais de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional.

Nada vale um país em franco desenvolvimento econômico se não houver a mesma evolução na proteção dos direitos mínimos para uma existência digna, alcançando todos os indivíduos, sem distinções. Afinal, a esplêndida frase de Hannah Arendt, “a essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos”, deve sempre estar presente em nossos ideais e guiar nossos horizontes.

6. REFERÊNCIAS DAS FONTES

GOMES, Luiz Flávio; MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **O Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.**

Disponível em:

<http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/o_brasil_e_o_sistema_interamericano_de_direitos_humanos.pdf> Acesso em: 20/06/2012.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NETO, Manoel Bonfim do Carmo. **O papel dos sistemas regionais na proteção dos Direitos Fundamentais.** Revista Mestrado em Direito. Osasco, Ano 8, n.1, 2008, p. 309-326. Acesso em: 21/06/2012.

PIOVESAN, Flávia. **Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** São Paulo: Editora DPJ, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas. **Política Externa**, São Paulo, v. 17, n. 02. 2008.

PIOVESAN Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 11ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos análise dos sistemas de apuração de violação de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. 1ª edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva 2010.

SILVA, Andressa de Souza. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Rev. Jur., Brasília, v. 8, n. 79, p.47-61, jun./jul., 2006, acesso em: 19/06/2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume III, 1ª edição. Porto Alegre, Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

DECISÃO JUDICIAL E OS LIMITES DO JURIDICAMENTE POSSÍVEL

TARCÍSIO GERMANO DE LEMOS FILHO⁶¹

SUMÁRIO: Introdução 1. A inafastabilidade da jurisdição como princípio constitucional 1.2. Possibilidade jurídica do pedido 1.3.As possibilidades jurídicas. 2. As possibilidades legais argumentativas. 3. A argumentação jurídica e o juridicamente possível. Considerações finais. Referências das fontes

RESUMO: O presente artigo visa abordar a possível existência de limites ao exercício do direito de ação e ao conseqüente direito a um provimento de mérito, buscando enfrentá-lo em conformidade com o poder de agir em juízo, enquanto garantia fundamental absoluta e irrestrita. A partir do posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre a chamada “possibilidade jurídica do pedido”, o estudo vale-se de enfoques variados sobre os contornos e o conteúdo da decisão judicial, que permitem ao juiz solucionar a lide sem afrontar a legalidade, ainda que se sirva de critérios valorativos.	ABSTRACT: This article aims to address the possible existence of limits to the exercise of the right of action and the consequent right to provision of merit, seeking to address it in accordance with the power to sue, as an absolute and unrestricted fundamental guarantee. Taking a doctrinal and jurisprudential position on the so-called "legal possibility of the application," the study draws on various approaches to the contours and content of the judgment which allow the court to resolve the case without infringing the law, and at the same time to use value criteria.
Palavras chave: direito de acesso ao Judiciário-princípios constitucionais-possibilidade jurídica do pedido	Keywords: right of access to the judiciary-constitutional principles-legal possibility of the application

⁶¹ Pós-Doutorado em Direitos Sociais pelo Centro de Estudos Brasileiros da Universidade de Salamanca. Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e pela Università degli Studi di Perugia, Mestre em Direito Processual Civil pela PUCCAMP, professor de Direito Processual Civil do curso de graduação em Direito pela Unianchieta, Jundiaí-SP, advogado, E-mail: tarcisio@germanodelemos.com.br. Artigo inédito produzido em 2014, revisto e atualizado.

INTRODUÇÃO:

Inicialmente traçada como condição autônoma do direito de agir e posteriormente incluída pela doutrina como um componente do interesse processual⁶², o conceito de pedido juridicamente possível sofreu aperfeiçoamento da doutrina, que passou a enxergá-lo como um dos componentes do interesse processual, posto que a utilidade e a necessidade de um provimento judicial definitivo não poderiam integrar pretensão em desacordo com o ordenamento jurídico.

Nada obstante tenha se mantido soberana na lei processual de 1973 como um terceiro componente do direito de acesso à coisa julgada material, vem agora a possibilidade jurídica do pedido excluída desse rol na redação do novo Código de Processo Civil, apegando-se a alteração legislativa à lesão em abstrato do direito e à necessidade de intervenção em favor de quem esteja titulado a defendê-lo, como parâmetros suficientes à entrega da prestação jurisdicional completa.

Em um contexto histórico e político em que se propõe o acesso à Justiça como uma das formas mais relevantes de afirmação da cidadania, ao lado de um crescente prestígio doutrinário e jurisprudencial em face de decisões judiciais com nítido componente principiológico, criam-se condições para a minimização de limites em favor do direito de postular e de se obter uma resposta estatal a reclamos que nem sempre se encontram compreendidos no direito positivo de modo claro.

Passa a ser necessário compreender, diante de tais contingências, se o direito de acesso ao Judiciário anuncia-se como absolutamente irrestrito, bem como se o seu exercício, justamente em função desse grau máximo que se pretende a ele atribuir, pode ser delimitado, ou ao menos coexistir, com os princípios da legalidade e da igualdade, ou se, a “contrariu sensu”, deles simplesmente decorre.

Na medida em que as decisões pretorianas passam a ser objeto de interesse popular e de projeção midiática, não mais se restringindo às partes envolvidas e aos círculos acadêmicos, o debate merece ser estendido

⁶² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale de Diritto Processuale Civile**, 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1973.

à viabilidade de elas se sobreporem ao comando da lei e das restrições que dela emanam.

Em face de uma sintomática e polêmica tendência ao protagonismo dos magistrados, parece razoável que se adotem parâmetros ao trabalho jurisdicional, de sorte que, a título de darem efetividade a direitos fundamentais, as decisões se estabeleçam como um ponto de equilíbrio entre o *juridicamente possível* e os *limites constitucionais da jurisdição*, de modo que o Estado Constitucional de Direito reste intocado em suas bases e proposições.

O presente artigo, a partir das conceituações doutrinárias clássicas voltadas ao exercício do direito de ação, em confronto com as propostas de aperfeiçoamento do positivismo e até de seu abandono, pretende enfrentar, ainda que de forma primária e superficial, a problemática das decisões que podem se configurar contra o sistema, à guisa de um acentuado posicionamento em favor da tutela de direitos individuais.

A temática a ser desenvolvida, portanto, a partir da concepção da garantia de acesso como direito fundamental, busca, em um primeiro momento, investigar a possibilidade de sua delimitação por regras que dele emerjam, bem como a forma de diálogo e coexistência com outros princípios constitucionais. Em um segundo aspecto, a abordagem passa a compreender o conteúdo da decisão judicial e a respectiva relação por ela mantida com a pretensão posta para análise, no tocante à resposta que se espera obter do Estado-Juiz na aplicação do direito cabível. Por fim, tem-se como objetivo traçar a convergência entre a amplitude do acesso à jurisdição e os contornos em que ela pode atuar, partindo-se do pressuposto de que as garantias processuais resguardam o jurisdicionado dos abusos estatais.

1- A INFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

O conceito de jurisdição firma-se, concomitantemente, em manifestações de poder, função e atividade. Na primeira hipótese, tem-se a expressão da soberania nacional, exercida por órgãos estatais conforme a competência que lhes é

constitucionalmente atribuída⁶³. No segundo caso, reflete o encargo que têm os órgãos estatais de promover a realização do direito, através do processo. E como atividade, ela é a movimentação do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete⁶⁴.

Assim, enquanto Poder da União, goza de independência e equilíbrio em relação aos demais Poderes, conforme estatuído no artigo 2.º da Constituição da República, do mesmo modo que, na qualidade de função e atividade, informa-se no princípio da *inércia*, de natureza eminentemente processual, mas cuja essência está na garantia de preservação de outro direito de ordem constitucional, que é o chamado “devido processo legal”.

Na entrega da prestação jurisdicional, através do *due process of law*, o Estado-Juiz verga-se a preceitos de ordem constitucional como o direito ao contraditório e à ampla defesa, à consagração da licitude das provas, à garantia do juiz natural, à publicidade dos atos e à obrigatoriedade de fundamentação das decisões, ao lado de outros princípios introduzidos pelo artigo 8º do CPC de 2015, como a observância da dignidade humana, da razoabilidade, da legalidade e da eficiência.

Além desse aspecto instrumental, alguns autores visualizam no artigo 5.º, LIV, da CF uma segunda ordem de direito, de aspecto substancial, qual seja, “o controle, pelo juiz, da razoabilidade da norma que vai aplicar”, declarando, em caráter incidental, a sua inconstitucionalidade⁶⁵.

Tutela jurisdicional, segundo Dinamarco,⁶⁶ é “o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num processo”. Explicita, a partir daí, que a tutela, sendo ajuda e proteção, é jurisdicional porque outorgada pelo exercício da jurisdição, “para que o sujeito beneficiado por ela obtenha, na realidade da vida e das relações com as coisas e com outras pessoas, uma situação mais favorável do que aquela em que antes se encontrava”.

Sublinha o doutrinador, em seguida, que a tutela é às pessoas, não aos direitos, posto que, em sentido amplo, “é a proteção que o Estado confere ao homem para a

⁶³ DINAMARCO, Cândido. **Instrumentalidade do processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pp. 159=160 e. 447.

⁶⁴ CINTRA, Antonio Carlos Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 4.ed. São Paulo :Revista dos Tribunais, 1984, p. 83.

⁶⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**.2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 119.

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel **Fundamentos do processo civil moderno**, São Paulo: Malheiros, 2001. Volume II, pp. 807 e 808.

consecução de situações consideradas eticamente desejáveis segundo os valores vigentes na sociedade, seja em relação aos bens, seja em relação a outros membros do convívio”⁶⁷.

Tutela e Jurisdição dispõem-se, daí, como conceitos indissociáveis, na medida que o Estado, tomando para si a atividade de declarar e conferir o direito a quem puder reclamá-lo e demonstrá-lo, revestiu-se do papel de verdadeiro *tutor constitucional* dos direitos e garantias individuais.

A atividade jurisdicional, portanto, sendo exclusiva do Estado e a ele inerente, compromete-se a tutelar direitos em caráter substitutivo à vontade das partes, a partir do momento em que o interessado na solução do litígio lhe confere tal incumbência, sujeitando-se e promovendo a sujeição ao juízo que vier a ser proferido, e, por conseguinte, à eficácia que esse ato de império irá provocar

Em se tratando de uma das formas de expressão do poder, o acesso a ela deve ser irrestrito, ao mesmo tempo em que o seu exercício deve ser balizado pelas garantias constitucionais que protegem o cidadão em face das possíveis transgressões estatais em face dos direitos fundamentais⁶⁸.

Conquanto não seja o objetivo deste trabalho investir em relação a um insistente debate sobre a diferença entre princípio e regras, quer parecer que a inafastabilidade da jurisdição advém do desdobramento dos princípios fundamentais que “veiculam a forma, o regime e o sistema de governo, bem como a forma do Estado”⁶⁹, na medida em que o Poder Judiciário é abrangido pela sua estrutura essencial e pelo princípio da separação de poderes, do artigo 2º.

Nessa ordem, ao estabelecer o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, dentre os direitos fundamentais, que “a lei não poderá excluir de apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, há

⁶⁷ Obra citada, p. 809.

⁶⁸ Canotilho escreve, com base em Cristina Queiroz (Os actos políticos no Estado de Direito. O problema do controlo jurídico do poder. Coimbra, 1990), que “os actos de jurisdição, ou não se consideram actos do poder público “strictu sensu”, ou então diz-se que a protecção jurídica é protecção através do juiz mas não contra o juiz; a garantia da protecção jurídica impõe o contrário: a protecção é também contra o juiz e actos do poder judicial, sendo absurdo que os juizes detentores de poderes públicos e vinculados aos direitos fundamentais, pudessem ficar impunes “ad infinitum” no caso de violação de direitos fundamentais (ex: em processo penal).. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Da Constituição**. Coimbra: Almedina, 13ª. Ed., p. 275/276).

⁶⁹ BARROSO. Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista EMERJ** 6-23, 2003, p. 329.

que se considerar que desse princípio emana, em primeiro lugar, o direito a uma prestação negativa, no sentido de que ao Estado compete proteger o indivíduo de qualquer obstáculo legislativo ao acesso jurisdicional⁷⁰. Isso não exclui, entretanto, também o direito a uma ação positiva, de modo sejam assegurados meios que propiciem a efetiva prestação jurisdicional a todos quanto dela necessitem.

A propósito, Canotilho⁷¹ registra que a abertura constitucional da via judiciária “visa garantir uma melhor definição jurídico-material das relações entre Estado-cidadão e particulares-particulares, e, ao mesmo tempo, assegurar uma defesa dos direitos “segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado”. Por isso, complementa que “a abertura da via judiciária é uma imposição diretamente dirigida ao legislador no sentido de dar operatividade prática à defesa de direitos”. Considera, igualmente, a relevância do reforço que lhe empresta o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, proibindo a sua inexecutabilidade ou eficácia por falta de meios judiciais.

Em tais circunstâncias, na medida em que se tem uma norma que preserva e identifica um fim a ser alcançado, resultante da própria existência de um Estado politicamente organizado, a ser aplicada na maior extensão possível, não haveria a necessidade de maiores digressões sobre a sua natureza de princípio de” aplicabilidade imediata”⁷² e de “plena eficácia”, até porque tem como destinatário o legislador, a quem comete o dever de não restringi-lo em nenhuma hipótese, quando em outras circunstâncias se espera dele que regule os princípios na maior extensão possível.

1.2 POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Firmando o artigo 5.º da Constituição da República a proteção aos direitos fundamentais, mediante garantias como o acesso ao devido

⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 456.

⁷¹ **Direito Constitucional e Teoria Da Constituição**, p.277

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 280.

processo legal, permeado pelo contraditório e a ampla defesa, sob a égide da licitude das provas e do juiz natural, há que se ter a tutela composta por elementos muito bem definidos por Teori Albino Zavascki⁷³, como a “assistência, amparo, defesa, vigilância”.

Os ingredientes apontados pressupõem, acima de tudo, que também sejam legítimos e eficientes os meios empregados para a obtenção da tutela, já que ela se dissolve em vários momentos da prestação jurisdicional, e, em sentido amplo, até mesmo antes dela.

Aponta-se, nessa perspectiva, um “direito de acesso à ordem jurídica justa”, permitindo que sejam implementados o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o consequente direito de ação, enquanto garantias de ordem constitucional⁷⁴.

A ordem jurídica justa, compreenderia, assim, segundo o Professor Kazuo Watanabe, “desde o direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por Juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de sua realização, como, também, o direito à preordenação de instrumentos processuais adequados e capazes de promover a efetiva tutela de direitos⁷⁵, até o direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça, com tais características”⁷⁶.

Daí o entendimento bastante razoável de que a tutela não se exaure na sentença que põe fim ao processo, ou nos efeitos que decorrem da coisa julgada. Em verdade, o próprio postulado constitucional faz presumir a necessidade de proteção em todas as fases da atividade jurisdicional, seja para remover os obstáculos que se antepõem a ela, seja pelo dever do Estado de adequar-se instrumentalmente, assegurando a pronta e eficaz atuação do direito.

Bem por isso, há que se precaver o legislador, destinatário direto do comando contido no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição e também o intérprete nas demandas interindividuais, de proposições que limitem o acesso à jurisdição e às prestações positivas envolvendo direitos fundamentais.

⁷³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 5.

⁷⁴ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade Moderna. **Participação e processo**. In GRINOVER. Ada Pellegrini (Coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128.

⁷⁵ Alexy escreve que “Direitos a procedimentos judiciais e administrativos são direitos essenciais a uma “proteção jurídica efetiva”. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 488.

⁷⁶ Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, p. 135.

Tais perspectivas não são novas, devendo ser ressaltado que já no regime constitucional anterior, Moniz de Aragão⁷⁷ alertava, em vista das limitações ao exercício de direitos impostas pelo regime ditatorial:

Em Estado de Direito é inaceitável qualquer restrição de natureza meramente política ao exercício do direito de ação, cuja possibilidade jurídica não fique á mercê de normas como a do artigo 319, ao Código de Processo Civil de 1939, ou como as que, presentemente, subtraem à apreciação do Poder Judiciário a lesão de direitos individuais, desde que praticadas à sombra dos chamados “atos institucionais.

Há que se estabelecer, entretanto, que se o direito de acesso ao Judiciário, enquanto garantia constitucional, é irrestrito, isso não se confunde com a viabilidade de obtenção de um provimento satisfativo, pois o poder de movimentar a máquina jurisdicional não implica, necessariamente, a existência de lesão afeta ao demandante ou que exija essa mesma intervenção em caráter intransponível para remoção do ilícito.

O direito de ação, portanto, por ser fundamental e constitucionalmente irrestrito, não dependeria do preenchimento de condições para o seu exercício, até porque a existência de lesão ou a mera ameaça a que se refere o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, seriam questões fáticas a serem dirimidas em sentença, não constituindo pressuposto para o seu exercício .

Nada obstante os posicionamentos doutrinários divergentes em relação ao tema, é fato que as condições da ação ainda se postam como causas impeditivas do julgamento do mérito, na lei processual em vigor, devendo ser registrado que não mais se refere à possibilidade jurídica em todo o seu texto, conforme se extrai dos artigos 17 e 485, VI.

Observa-se, de qualquer forma, uma certa dificuldade da doutrina na conceituação do instituto, seja porque impossibilidade jurídica não pode ser impossibilidade legal, seja porque a omissão legislativa não o traduziria suficientemente, já que o juiz não pode deixar de despachar alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento, e não mais da lei, como ocorria no regime anterior (artigo 140), como também não se pode entendê-la como decorrente de um erro nitidamente procedimental do demandante.

A questão, entretanto, não reside simplesmente em conceituar a possibilidade jurídica do pedido ou mesmo tentar concluir se ela pode ser considerada condição da

⁷⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Estado de Direito e o Direito de Ação. In **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, n. 16, pp.69-92, 1978.

ação ou mero integrante do interesse de agir. Importa saber, em maior extensão, se existe, ainda, pedido que possa ser considerado *juridicamente impossível*, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, tido como irrestrito e de natureza política

Nessas circunstâncias, há que se atender à indagação que inevitavelmente irá surgir, ou seja, se o juridicamente possível deixou de ser o que não é vedado no ordenamento, para se tornar o que pode ser obtido pela conjugação das normas, compreendendo a harmonia dos princípios e a possibilidade de coexistência das regras pertinentes à pretensão posta para análise, visando a viabilidade, em tese, do seu acolhimento.

A resposta a essa indagação implica investigar se a possibilidade jurídica é irrestrita porque irrestrito o direito de acesso ao Judiciário, o que implicaria que o particular não poderia se ver sem resposta estatal adequada à lesão que pede seja reparada, ou se a adequação da resposta seria obtida por elementos balizadores da atividade jurisdicional e que lhe serviriam de delimitação.

A decisão judicial, portanto, somente atenderia a tais pressupostos se integrada pela vinculação ao ordenamento jurídico, mesmo que passível de mais de uma interpretação, e às limitações impostas à sua condição de atividade estatal. Além disso, a sua produção deveria vir legitimada, como já apontado, por critérios de participação efetiva das partes, em grau de igualdade.

1.3-AS POSSIBILIDADES JURÍDICAS

Em contraposição a um enfoque meramente processual da possibilidade jurídica, que a envolve com o direito de ação e o exercício da jurisdição, subsistem as possibilidades jurídicas sob um outro método de abordagem, que se ajusta à compreensão do Direito sob o ponto de vista constitucional.

A compreensão do significado das *possibilidades jurídicas* sob esse outro prisma, pressupõe que se tomem em conta as transformações que sofreu a atividade jurisdicional, por conta justamente da relevância política que a ela passou a ser emprestada e a necessidade consequente de se dar vazão a demandas que exigem atividade valorativa do juiz, em padrões que abrangem conceitos não apenas jurídicos, mas também sociais e econômicos.

A partir do esgotamento do Direito Natural, bem traduzido por Hugo Grócio em um contexto histórico que predominou com vigor até o século XVIII e que defendia

a tese da existência de uma ordem de valores conhecíveis através da razão e que, portanto, “lex injusta non est lex”, vem o positivismo, concebendo o Estado como resultado da vontade dos homens (Rosseau; Locke), estando o poder vinculado à norma que o outorgou.

Aperfeiçoado pelas contribuições de Kelsen, com sua Teoria Pura do Direito e por Hart, o positivismo tem como principal proposta o de apartar a moral do direito e de “identificar um poder soberano com capacidade de exercer a coação vinculada à norma, sob o ponto de vista de sua validade”⁷⁸.

Desenha-se, entretanto, a partir da segunda metade do século XX, o que se identificou como sendo resultado da inclusão aos textos constitucionais de valores morais, dando margem a uma *constitucionalização do direito*, não mais no sentido de se dar *forma* ao Estado, mas de propiciar *conteúdo programático* às suas ações.

Vem então o *pós-positivismo* ou *constitucionalismo*, que passa a entender que o direito não pode se resumir a uma realidade já final, enquanto simplesmente produto de uma autoridade regularmente investida, mas também como uma prática social que incorpora uma pretensão de correção e justificação, em que elementos valorativos se sobrepõem ao autoritarismo, com base em princípios constitucionais⁷⁹.

Essa pretensão de “correção e justificação” parte do pressuposto de que a inclusão de argumentos morais no direito e, portanto, valorativos, é uma prática necessária e não meramente contingencial, nos casos que exigem decisão com base na estrutura aberta do direito positivo. Assim, conjugam-se elementos que abrangem conveniência, costume e moral, onde prepondera a correta distribuição e compensação, no sentido de dar a cada um o que é seu, distribuindo bens, estabelecendo relações entre objetos ou coisas (pena e culpa, dano e restituição, prestação e contraprestação).

⁷⁸. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2014, pp; 47-50.

⁷⁹ ATIENZA escreve, sobre essa concepção do direito: “*El Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo; por ejemplo, asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal y crítica, racionalmente fundamentada)*”. ATIENZA, Manuel Rodrigues. 1ª ed.. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2013, p. 29.

Nessa linha, a pretensão de correção, ao propor uma correta distribuição e compensação, abarca conceitos de *justiça*, o que demanda uma “conexão metodológica ou teórico-argumentativa necessária entre direito e moral”⁸⁰.

Dentro dessa fórmula constitucionalista que se propõe a preencher os espaços vazios do direito positivo, as *possibilidades jurídicas* são concebidas a partir da proposta de se distinguir princípios de regras e de se encontrar uma forma de convivência entre elas, dentro do campo normativo.

Para Alexy⁸¹, “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau- Toda norma é ou uma regra ou um princípio.”

Prossegue o professor de Kiel alinhando que, em um conflito de regras, uma delas terá que ser declarada inválida, a menos que tenha uma cláusula de exceção que elimine o conflito⁸², ao passo que a colidência de princípios, como na hipótese de um autorizar outro vedar uma prática, implicará que um deles deverá ceder, o que não significa seja considerado inválido, uma vez que um terá precedência sobre o outro em função do caso concreto⁸³.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. 2ª ed, ampliada. Granada: Editorial Comares, 2010, pp. 40-41

⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, pp. 90-91.

⁸² O Código Civil exterioriza essa cláusula de exceção, por exemplo, em seu artigo 13, quando estabelece, dentre os direitos da personalidade: . Na mesma linha, o artigo 94, quanto aos negócios jurídicos.

⁸³ **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 90.

Em sua concepção, portanto, esse choque faria com que um princípio restringisse as *possibilidades jurídicas* de realização do outro, mediante o que denominou de *sopesamento*, o que se efetiva através de um critério de *proporcionalidade*⁸⁴, ou seja, “a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Na própria definição do conceito de princípio, foi inserida a cláusula “*dentro das possibilidades jurídicas*”, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente”⁸⁵.

A teoria desenvolvida por Alexy deve ser creditada, em sua concepção, a Ronald Dworkin, que todavia denominou de princípios “um conjunto de padrões que não são regras”, mas que constituem “um padrão a ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou de equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade”⁸⁶.

Jurista inserido em uma realidade social e jurídica adstrita ao sistema da *common-law*, Dworkin concebeu o direito como algo em constante recriação (*working in progress*) “axiológico-normativa do direito”, como critério determinante da interpretação jurídica e o propósito da moralidade política que deve orientar a prática interpretativa.

A sua proposta de *integridade*, em que o conteúdo do direito depende de interpretações cada vez mais refinadas de uma mesma prática jurídica, em coerência com a história legal e o sistema de princípios ético-políticos, busca evitar a discricionariedade judicial através do que denominou de “resposta certa” (*one right answer*)⁸⁷. Assim, “conferindo legalidade a uma disposição legal e permitindo o acesso ao direito, a coerência é a chave para a “resposta certa”, funcionando como um argumento a favor da plausibilidade de certas soluções interpretativas. Para que uma resposta seja a correta, deve ser determinada de maneira

⁸⁴ **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 117-118

⁸⁵ **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 167-168.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36

⁸⁷ OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009.

inequívoca pela coerência que a irá ligar ao sistema legal: uma decisão judicial será válida se se integrar na coerência da prática judicial considerada como um todo”⁸⁸

Nada obstante as contribuições de Dworkin advenham de um sistema sem correspondência no sistema brasileiro, parece ter influenciado decisivamente o novo Código de Processo Civil, que propõe, em seu artigo 926, uma jurisprudência “íntegra, estável e coerente”.

Da mesma forma é apontado como inspirador da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário 597.285, que julgou constitucional o sistema de cotas no acesso ao ensino, com base em seus argumentos sobre o caso Sweatt, em que a Universidade do Texas negava sua admissão, sob o argumento de que o seu regimento só previa o ingresso de alunos brancos.

Também teria servido como precedente àquela decisão, o julgado do caso *Plessy v. Ferguson*, que enfrentou a doutrina dos “separados mas iguais”, que tinha a segregação entre negros e brancos constitucionalmente admissível, desde que se ofertem aos negros instalações “separadas, mas iguais”, isto é, com o mesmo padrão de qualidade⁸⁹.

Uma outra via às possibilidades jurídicas desenvolvidas por Dworkin e Alexy surge das análises feitas por Ferrajoli em relação a essa polarização entre princípios e regras, uma vez que entende incertas e heterogêneas tanto a noção de *princípio* quanto o significado e consistência conceitual da própria distinção, até porque sugere que as características da indeterminação, da generalidade e até mesmo da ponderabilidade “às vezes se apresentam nas regras em algumas ocasiões ainda mais do que nos princípios”⁹⁰.

Com base em tais constatações busca demonstrar que os exemplos de Dworkin seriam resolvidos sem qualquer problema na *civil law*, com base em regras absolutamente inequívocas, na medida em que a abordagem

⁸⁸ RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin**- Uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005, p. 156.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald, **Levando os direitos a sério**, p. 369

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi/ROSA, Alexandre (organizadores) et al. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In **Garantismo, Hermenêutica e (Neo) Constitucionalismo**. Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 34:36.

antipositivista e principialista é mais justificada na *common law*⁹¹, o que não excluiria a possibilidade dos juízes americanos terem solucionado aqueles casos não com base em princípios, mas também em regras. Por isso mesmo, afirma que “não existe uma real diferença de estatuto entre a maior parte dos princípios e as regras: a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes”.

Em consequência, admite que “não existe uma diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e das regras: a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes. Por isto, a Constituição é definida, na sua parte substancial, não só como um conjunto de direitos fundamentais das pessoas, isto é, de princípios, mas também como um sistema de limites e vínculos, isto é, regras, destinadas aos titulares dos poderes”⁹².

Tece, a partir daí, a sua crítica ao que chama de “excessiva dimensão empírica associada à noção de ponderação”, que afirma “tão dilatada que chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo como no nível constitucional”⁹³. Para o jurista italiano, o caminho estaria na adoção da Constituição como paradigma, subordinando os juízes e o legislador aos princípios nela inseridos. Assim, afastando-se as lacunas e os consequentes espaços para a discricionariedade, técnicas normativas e garantias constitucionais limitariam o arbítrio e impediriam que os juízes criassem direito.

Ferrajoli guia-se, como proposta, pela necessidade de ser elaborada uma teoria da argumentação, em que o raciocínio jurídico teria capacidade suficiente para reduzir o arbítrio e reforçar a racionalidade das decisões.

As possibilidades jurídicas no âmbito argumentativo, portanto, seriam aferidas a partir da margem de discricionariedade ou de arbítrio de que se serviria o juiz no instante em que decide preenchendo lacunas ou

⁹¹ **Constitucionalismo garantista**, p. 37.

⁹² **Constitucionalismo garantista**, p. 41.

⁹³ **Constitucionalismo garantista**, p. 47.

interagindo com os princípios e as regras, independentemente de qualquer uma das linhas teóricas por aqui resumidamente enfrentadas.

A partir dessa discricionariedade, a possibilidade jurídica do pedido enfrentaria limitações em maior ou menor grau, desde o mínimo até o absoluto, justamente em função do nível de controle imposto pelo sistema, para assegurar-se do próprio equilíbrio e existência.

Se o direito de acesso ao Judiciário é desprovido de reserva, o que se extrai de seu próprio texto que proíbe o legislador de restringi-lo, surge o dilema de adequá-lo em face de outros princípios de igual grandeza, de modo que o atendimento às demandas de natureza interindividuais não desvale, por essa própria ausência de restrição, ao atendimento indiscriminado de pretensões iníquas, teratológicas e sobretudo ilegais.

Causa razoável inquietude que, à guisa de se atender princípios como os da igualdade, da inafastabilidade da jurisdição, da liberdade e, mais do que todos, da dignidade humana, restem sem sentido os princípios da legalidade e da reserva legal, e mesmo de regras constitucionais devidamente alocadas no contexto do sistema.

Daí a importância da fundamentação, que também se apresenta como regra constitucional explícita (artigo 93, IX), a ser traçada na esteira de um raciocínio que transcenda *standards* pessoais e setoriais, traduzindo segurança e sintonia com a ordem jurídica, enquanto critérios ordinariamente esperados das decisões judiciais, sem embargo de uma interpretação adequada à *função social da lei*, porque essa é exigência dela mesma.

Para que se possa desenhar o necessário paralelo ou mesmo os pontos de convergência entre a *possibilidade jurídica da pretensão* e as *possibilidades jurídicas* a serem enfrentadas pelo intérprete, há que se lançar mão das *possibilidades argumentativas* colocadas pelo legislador, porque daí se pode alavancar o debate em face dos meios de controle existentes e os que se apresentarem idealmente *possíveis*.

2- AS POSSIBILIDADES LEGAIS ARGUMENTATIVAS:

À primeira vista, a lei processual forneceria todas as chaves para a fórmula a ser utilizada na aplicação do Direito: ou existem regras explícitas para o caso concreto, ou as lacunas e obscuridades devem ser preenchidas com base nas outras fontes do ordenamento. Essa previsão clara do artigo 140, ao lado da proibição do julgamento por equidade fora dos casos legais (artigo 140, parágrafo único) e do conhecimento de questões não suscitadas pelas partes, e de decisões-surpresa (artigo 10), não exigiriam a redação de uma única linha para explicar o método de julgamento dos chamados “casos simples”, até mesmo para quem se proponha a defender não existirem casos fáceis ou difíceis.

Entretanto, em se tratando dos *hard cases*, expressão mais apropriada ao sistema do *common law*, a criatividade jurisdicional tem suas margens definidas pela mesma regra, condicionando a decisão aos chamados *contornos do sistema*⁹⁴.

Haja vista que o artigo 8º do CPC remete a *princípios*, do mesmo modo que o artigo 1º exige a aplicação da lei processual em nítida sintonia com o modelo constitucional, sugerindo a possibilidade de decisões principiológicas. .

Aliás, nos termos da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, o artigo 4º., com sua redação original de 1941, pouco prestigiou os princípios gerais, deslocando-os como última opção do intérprete, embora discipline, no artigo segundo e seus parágrafos, a possibilidade de coexistência ou não das regras, na base do “tudo ou nada” a que referem Dworkin e Alexy.

Tais dispositivos, entretanto, embora decorrentes de tempos de constitucionalismo embrionário, não excluem, como não poderiam excluir, a utilização das normas constitucionais nos atos decisórios, posto não ser *juridicamente possível* a aplicação de regra deslocada do ordenamento, até porque, concorda-se, que “direitos e deveres, expectativas e garantias, princípios em matéria de direitos e regras em matéria de deveres são, em suma, uns a face dos outros, equivalendo a violação dos primeiros, seja ela por comissão ou omissão, à violação das segundas”⁹⁵.

O princípio da persuasão racional, por seu turno, embora pudesse ser questionado quanto ao seu escopo ao tempo em que inserido na Código Buzaid, dado o contexto político e histórico nitidamente ditatorial então vigente e o constante do

⁹⁴ ALVIM, . Teresa Arruda. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 101

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In **Garantismo**, p. 41

novo CPC⁹⁶ (artigo 371), não pareceu conferir grandes possibilidades discricionárias ao juiz, ao menos em face do que vem prescrito em seu texto. Restringiu-se, no novo texto, a *liberdade na apreciação da prova*, para que não se confunda com a *liberdade de afrontar o sistema*, até porque o próprio dispositivo exige a utilização de critérios lógicos nesse enfrentamento, o que inclui a motivação enquanto regra constitucional (artigo 93, IX CF)⁹⁷.

Ao ter que fundamentar as razões pelas quais se apegou àquela prova ou a esta tese, cumprirá o juiz o seu dever de dar uma resposta adequada às posições exercidas pelas partes no processo, na medida em que são os principais protagonistas do contraditório e que assim legitimam a decisão a ser proferida⁹⁸.

Se, eventualmente, o juiz se afastar dessa imposição da regra, por entendê-la como porta à discricionariedade, a hipótese será então de controle da decisão pela via recursal, não se podendo impor à regra um vício que ela mesma não possui e nem pode possuir e que deve ser creditado, caso exista, à sua transgressão, nunca ao seu conteúdo⁹⁹.

Vem agora o novo Código de Processo Civil conferir um perfil inovador à motivação judicial, ao definir, logo em seu artigo 1º, que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os *valores* e os *princípios fundamentais* estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Ao que parece, o texto procurou emprestar coerência à argumentação judicial, o que se depreende dos propósitos da Comissão liderada pela Professora Teresa Arruda

⁹⁶ Artigo 371 O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

⁹⁷ STRECK, Lenio Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In **Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo**. Um debate com Luigi Ferrajoli .Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012., , p. 41.

⁹⁸ DINAMARCO enxerga essa exigência de participação por entender que “o processo é a miniatura do Estado democrático(ou “microcosmo do Estado-de-direito”), por ser construído em clima de liberdade, coma abertura para a participação efetiva dos seus sujeitos, os quais são tratados segundo as regras da isonomia”. **Instrumentalidade**, p. 440),

⁹⁹ Teresa Arruda Alvim escreve que “as garantias de que as decisões judiciais sejam fundamentadas e de que o juiz deve fundamentá-las na lei significa uma garantia contra o arbítrio, sendo um pressuposto para a possibilidade de controle das partes e viabilizando, tecnicamente, a impugnabilidade de seus atos”. Bem por isso, acentua que “apesar da flexibilização dos padrões que determinam o conteúdo das decisões há, por trás do sistema jurídico, expressiva preocupação com os valores *previsibilidade* e *segurança*. **ALVIM. Controle das decisões judiciais**, p. 389.

Alvim, conferindo-lhe *sintonia fina* com a Constituição, para buscar concretizar os ideais de segurança e de participação e prevenir a arbitrariedade das decisões¹⁰⁰.

Percebe-se, entretanto, que a inovação legislativa, longe de vincular o magistrado ao texto constitucional, poderá ser assimilada como a abertura da via ao sistema aberto, já que, ao impor ao juiz referência direta aos princípios em todas as suas decisões, poderá dar a entender que a ponderação é exigência legal e que deverá utilizá-la inclusive no sopesamento entre regras e princípios.

Embora não comporte este trabalho um apanhado sequer sucinto sobre os novos dispositivos processuais, causa certa preocupação o que poderá vir a ser considerado *juridicamente possível*. Em se tratando de um código processual, se afiguraria mais compatível com a *sintonia fina*, a determinação ao juiz para que observasse os princípios da igualdade, do contraditório, do devido processo legal e da licitude das provas, porque esses os efetivos mecanismos de proteção em face da atividade jurisdicional. Ao exigir o apego à legalidade *na aplicação da lei*, talvez esteja a própria lei advertindo o seu destinatário contra a tentação de aplica-la segundo critérios próprios de Justiça, mas em conformidade

As possibilidades legais do discurso judicial, portanto, migram do tradicional enfrentamento de regras para a promessa de constitucionalização dos fundamentos do *decisum*, sem que reste claro, ainda, quais os reais mecanismos de controle que se pretende impor e em que medida a resposta a anseios generalizados e difusos de *Justiça* encontrarão critérios e barreiras adequados ao que seja *juridicamente possível*.

3.A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O JURIDICAMENTE POSSÍVEL

Partindo-se da premissa de que *juridicamente possível* não é uma característica autônoma da pretensão, condicionando o exercício do direito de ação, mas componente do interesse de agir ou mesmo questão de mérito que irá implicar a procedência ou não da demanda, como está na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, resta agora verificar, diante das possibilidades legais de motivação, qual o tratamento

¹⁰⁰ Conforme a exposição de motivos, os objetivos são: “1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas. Como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior defensivaaao grau de organicidade ao sistema, dando-lhe maior coesão”.

a ser dado aos pleitos sem previsão no ordenamento, mas que, de algum modo, possam nele esbarrar ou mesmo afrontá-lo.

Em um método consentâneo com a predominância de regras, a *possibilidade jurídica* do pedido não é capaz de causar grandes desconfortos ao doutrinador. Na medida do “tudo ou nada”, na lide civil a norma proibitiva não cede em favor de outra, em obediência ao próprio princípio da legalidade e, no âmbito penal, também em face da intransponibilidade do princípio da reserva legal.

Diante disso, a menos que ocorra a hipótese de controle difuso, em não havendo confronto ou proibição, o juiz irá adequar a pretensão ao sistema normativo, motivando essa adequação, pelo que não se entreveria, por aí, salvo singulares exceções, qualquer possibilidade de desvio arbitrário.

Ocorre que a possibilidade jurídica não será poupada se as exceções se impuserem às custas da chamada “pan-principiologia”¹⁰¹, em que, efetivamente, princípios e regras serão desnecessária, imprudente ou mesmo dolosamente entrecruzados, para que o sentimento pessoal de justiça faça ceder aquilo que efetivamente contém a regra.

Ao maior opositor da proporcionalidade, da ponderação, da teoria da argumentação, do garantismo, ou seja, qual for a corrente adotada, seria possível conceber que nenhuma dessas escolas foi compreendida pelos *intérpretes* que se propuseram a defender o Estado Democrático de Direito. Não há, em qualquer passagem da produção literária de Alexy, menção à possibilidade de desestruturação dos poderes estatais, em benefício da ponderação, tampouco aplicável em face de regra inferior proibitiva e em direta sintonia com direito fundamental protetivo da propriedade.

A hipótese não comporta discussão sobre a viabilidade de se restringir um direito individual, matéria por aqui já superada, até porque, nesse caso, o inciso LIV do artigo 5º CF permite a existência de restrições ao direito de propriedade¹⁰². Entretanto, uma vez em que não há restrição, mas confirmação de inviolabilidade do direito de propriedade, como outros princípios somente incidiriam se presente o que

¹⁰¹ “na ausência de leis apropriadas (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial) o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete poderá aplicá-lo”. STRECK, **Garantismo**, p. 67.

¹⁰²CANOTILHO. **Direito Constitucional**, p. 450

Canotilho aponta como sendo o “princípio da proibição do excesso, que equipara ao princípio da proporcionalidade em sentido restrito”¹⁰³.

A *ponderação* a que se refere Alexy, diz com choque de princípios, não entre estes e as regras. Dworkin, como também já foi conferido, não cogita de princípios onde existirem regras claras, da mesma forma, ao defender um parâmetro de integridade das decisões, não lograria justificar que uma proibição legal, que garante e não restringe um princípio, como o da propriedade e do devido processo legal, poderia ser ultrapassada por aplicação de outro princípio, de elevada abstração, que é o da dignidade humana.

No campo do garantismo, essa onda jurisprudencial *contra legem* teria menos chances de sucesso, na medida em que “esse *poder criativo dos juizes*, resultante da indeterminação semântica das normas e pela falta de garantias e que não pode ser reconduzido aos três poderes fisiológicos-de interpretação das leis, de valoração das provas e de conotação equitativa dos fatos-então ele se converte no “poder de disposição”, que é, todavia, um poder ilegítimo, independentemente do fato de as normas serem formuladas como princípio ou regras, uma vez que invade a competência política das funções de governo, não podendo, portanto, ser aceito sem que se negue a separação dos Poderes e a própria conservação do Estado de Direito.

Existe, na espécie, uma vedação legal e não uma indeterminação da norma, o que menos justifica a invasão de competência, não se podendo, sequer, cogitar de uma interpretação corretiva, onde a “razão da lei será contrária a interesses que se pretendem superiores, permitindo ao intérprete afastar a norma inadequada considerando que o legislador certamente a não teria querido se tivesse previsto o seu resultado” o que é inviável na ordem jurídica portuguesa e, como pois, brasileira, como anotou Ascensão¹⁰⁴.

Seriam vários os exemplos nessa esteira, como a exclusão da regra constitucional da responsabilidade subjetiva do empregador em acidentes do trabalho (artigo 7º ,XXVIII), em favor de uma imprecisa norma referente a meio ambiente, incluída no artigo 225§3º, que se refere à responsabilização de infratores, conjugando esses dois dispositivos com regra posterior do Código Civil, que fala em

¹⁰³ CANOTILHO. *Direito Constitucional*, pp. 457/458

¹⁰⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito- Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira*, 4ªed. Lisboa: Editorial Verbo, 1987, p. 351

responsabilidade objetiva em atividades de risco”¹⁰⁵. Também se poderia falar da sentença que afasta a prescrição bienal explicitamente aposta no artigo 7º, XXIX, em prol da prescrição decenal do Código Civil, ou mesmo a que a extirpa do ordenamento, em favor do Princípio da Dignidade Humana ou por não reconhecer-lhe eficácia plena, apesar de se tratar de matéria sumulada¹⁰⁶.

Em todas essas mínimas hipóteses verificadas, mínimas, mas emblemáticas, não se enxerga, em nenhuma delas, a impropriedade do positivismo, da ponderação, do (neo)constitucionalismo ou de qualquer corrente filosófico-doutrinária-argumentativa a que o intérprete pudesse ter apegado. O que se tem, em verdade, é um visível equívoco na manipulação de regras e de princípios, ao que consta justamente por desconhecimento ou do que se trata ou de como se utiliza, ou seja, uma evidente imprudência ou dolo no conhecimento da ferramenta e do seu manuseio

Enquanto agente(s) do Estado, além do controle recursal que o processo constitucional permite, deveria(m) se submeter o(s) prolator(es) ao controle a que todo e qualquer agente estatal se submete, respondendo civilmente e por ato de improbidade, quando se propõe(m) a legislar e a afrontar o ordenamento.

Tornar possível um pedido juridicamente possível, pelo manejo irresponsável da ponderação, implica muito mais que uma divergência puramente acadêmica, pois não será a argumentação que irá legitimar a afronta ao ordenamento, já que ela própria terá que ser com ele compatível.

Há que se atentar, portanto, que controle não se aparta de responsabilidade pessoal, o que parece justificar, a esta altura, o texto do artigo 8º do novo CPC, quando impõe ao destinatário deveres inerentes ao titular de cargo público, conforme princípios constitucionais aplicáveis à Administração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização do processo e o acesso à jurisdição como direito cívico tornam concreta a necessidade de concepção de uma técnica judicial que preserve o Estado Constitucional de Direito e previna a arbitrariedade. Não nos parece adequado avançar sobre justificativas que busquem legitimar a ponderação, a integridade ou o

¹⁰⁵ TST nos Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-367600-35.2006.5.12.005, interpostos a partir de uma decisão proferida pela Vara do Trabalho de Criciúma,

¹⁰⁶ TRT 15, RO 206-2007-096-15-00-6.

garantismo, ao menos diante da superfície rasa deste trabalho, até porque o diagnóstico aqui empreendido dá conta de equívocos manifestos do usuário e não da ferramenta.

Em verdade, diante dessa legislação que parece impor os princípios constitucionais como motivação do “decisum”, sob pena de nulidade absoluta, aos juízes competirá, em primeiro lugar, entender a estrutura principiológica como premissa habilitante ao trabalho que passarão a desenvolver.

Por outro lado, a ponderação, goste-se ou não dela, está enfronhada no estilo de decidir do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁷, que parece ser tendência irreversível com a composição da Corte por juristas como Luis Roberto Barroso. Não vemos, por enquanto, como eliminar, ao menos em curto prazo, qualquer possibilidade de discricionariedade nos julgamentos, se essa for tida, efetivamente, como algo que os macule por completo ou se é característica inevitável do exercício da jurisdição.

O prognóstico, portanto, é que se sucedam ações sob os mais variados fundamentos constitucionais, como a igualdade e a dignidade humana, onde o juridicamente possível passe a não ter mais visíveis os seus contornos e a argumentação se mostre coerente com o sistema.

Certamente terá a Corte que enfrentar questões como o direito extensivo ao aborto às prisioneiras e às mulheres interrupção da gravidez do anencéfalo, o que exigiria o sopesamento entre os princípios da dignidade humana, da igualdade e da legalidade, ou, no mínimo, uma integridade com o precedente apontado.

Terá que ponderar, conferir integridade e ou alinhar ao sistema, o princípio da liberdade e o libertarismo que dele decorre, tal como visualizado por andeç¹⁰⁸, proferindo a possibilidade jurídica da utilização da maconha ou de dispensa de utilização de capacete enquanto opções individuais do destinatário da norma, em detrimento da generalidade e da impessoalidade da lei.

A possibilidade jurídica, efetivamente, também estará delimitada pela garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais.

Na mesma proporção, o aplicador do Direito terá que dar-se conta da unidade da Constituição, sem abdicar da segurança e da certeza, o que, evidentemente, inclui

¹⁰⁷ Vide decisão proferida na ação em que declarada constitucional a união homoafetiva, a despeito do texto explícito do artigo 226 da CF, regra que cuida do casamento como união entre “homem e mulher”. **ADI 4.277 e da ADPF 132**, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 5.5.11,

¹⁰⁸ SANDEL, Michael J. **Justice- What’s the right thing to do**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 60.

as regras restritivas de base as bases dogmáticas da decisão e as metas do sistema, que permitem o controle da *mens legis*.

REFERÊNCIAS DAS FONTES

ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. 2ª ed, ampliada. Granada: Editorial Comares, 2010.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Teresa Arruda. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Estado de Direito e o Direito de Ação. In **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, n. 16, 1978.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito- Introdução e Teoria Geral**. Uma perspectiva luso-brasileira, 4ªed. Lisboa: Editorial Verbo, 1987.

ATIENZA, Manuel Rodrigues. **Curso de Argumentación Jurídica**. 1ª edição. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2013.

BARROSO. Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Rio de Janeiro: **Revista da EMERJ** 6/23, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi/ROSA, Alexandre (organizadores) et al. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In **Garantismo, Hermenêutica e (Neo) Constitucionalismo**. Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manuale de Diritto Processuale Civile**, 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1973.

OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni de . Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, jan./jun. 2009.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin**- Uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005.

SANDEL, Michael J. **JUSTICE**- What's the right thing to do. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio, Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In **Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo**. Um debate com Luigi Ferrajoli .Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade Moderna.. **Participação e Processo**. In GRINOVER. Ada Pellegrini (Coord.) , São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

A PROTEÇÃO DA VEGETAÇÃO EM TERRAS PARTICULARES: UM BREVE HISTÓRICO DO CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO

Paulo Roberto Cunha¹⁰⁹

Resumo.

O texto analisa a evolução história da proteção da vegetação em terras particulares, com foco nos instrumentos do Código Florestal (áreas de preservação permanente e de reserva legal), tendo como pano de fundo os princípios constitucionais do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. O trabalho conclui que, após uma evolução de legislação no sentido de reforçar os instrumentos de proteção da vegetação em terras privadas, o Código Florestal vem sofrendo constantes retrocessos, violando os referidos princípios constitucionais.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Império e República Velha; 2. O Código Florestal de 1934; 3. O Código Florestal de 1965; 4. A Nova República e a Constituição de 1988; 5. O aumento do desmatamento na Amazônia e as medidas provisórias na era FHC; 6. O desmonte do Código Florestal e da proteção ambiental; 7. 2019: um novo governo, uma “nova” política e velhas metas de destruição ambiental. Considerações Finais. Referências das fontes.

INTRODUÇÃO

No Brasil, grande parte dos elementos ambientais (água, ar, solo, subsolo, florestas, fauna) está localizada em imóveis rurais privados (AHRENS, 2001, p. 1; MARQUES; RANIERI, 2012, p. 131). Só para se ter uma ideia, 87% da vegetação natural existente no bioma Cerrado está em áreas privadas, na Mata-Atlântica, 92%, nos Pampas, 99% e na Caatinga, 98% (SPAROVEK, 2011, p. 117).

Portanto, a questão ambiental em nosso país está diretamente ligada à propriedade privada e, nas palavras de Ahrens (2001, p. 1), à sua

¹⁰⁹ Especialista em Direito Ambiental pelas Faculdades de Direito e de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP), mestre e doutor em Ciência Ambiental pelo Programa de Pós-graduação em Ciência Ambiental da Universidade de São Paulo (PROCAM/USP), professor de direito ambiental, ciência política, teoria geral do Estado e de metodologia do trabalho científico na Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta (Jundiaí/SP).

“percepção histórico-cultural tradicional (individualista e liberal)” e a sua coexistência com os novos direitos da sociedade.

Em nome de um interesse coletivo, qual seja o meio ambiente ecologicamente equilibrado, as áreas protegidas previstas no Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012), isto é, as áreas de preservação permanente (APPs) e de reserva legal (RL) interferem no direito de propriedade e isso tem gerado conflitos. Por outro lado, esses espaços protegidos são essenciais para o cumprimento de alguns princípios constitucionais, como o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da dignidade da pessoa humana.

Em linhas gerais, as APPs são faixas de vegetação estabelecidas independentemente do tamanho do imóvel rural, em razão da topografia ou do relevo, geralmente ao longo dos cursos d’água, nascentes, lagoas, lagos, reservatórios d’água artificiais ou naturais, nos topos dos morros, montes, montanhas e serras, bem como em suas encostas (declividade superior a 45°), nas restingas fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues, nas bordas de tabuleiros ou chapadas e acima de 1.800 metros de altitude. As APPs são destinadas à manutenção da qualidade dos solos, das águas, à preservação da paisagem, das áreas de recarga, da estabilidade geológica e da biodiversidade, bem como à formação de corredores ecológicos visando o fluxo gênico de fauna e flora. Nas palavras de Metzger (2010, p. 95), as APPs “evitam a erosão de terrenos declivosos e a colmatagem dos rios, asseguram os recursos hídricos” e prestam serviços ambientais.

São exemplos de APPs, as matas ciliares localizadas ao longo dos cursos d’água, cuja metragem é definida na lei proporcionalmente à largura do rio.

A RL, por sua vez, compreende uma fração obrigatória e variável da área total de um imóvel rural, não suscetível de exploração que comprometa sua integridade, onde é vedado corte raso da vegetação. Os percentuais mínimos de RL que um imóvel rural deve manter são estabelecidos conforme sua localização no território brasileiro, ou seja, a propriedade rural situada em região de floresta na Amazônia Legal deve

manter 80% de sua área como RL; no cerrado localizado na Amazônia Legal, o percentual de RL corresponde a 35%; e nas demais regiões do país, as propriedades rurais devem manter 20% de RL.

Para as bases conceituais desses espaços protegidos, vale a pena passar os olhos na evolução histórica da proteção legal das florestas em terras privadas brasileiras.

1 – IMPÉRIO E REPÚBLICA VELHA

Durante os quatrocentos primeiros anos de existência do Brasil, pouco ou nada se fez em termos de política florestal, com exceção da institucionalização do extrativismo do pau-brasil (AHRENS, 2001, p. 10).

É na fase colonial, na qual predominava a escravidão, o latifúndio, o extrativismo e a monocultura, que os problemas ambientais brasileiros e seu respectivo quadro institucional começaram a ser definidos (RESENDE, 2002, p. 72).

Naquela época, a Coroa portuguesa, visando garantir o monopólio na exploração de madeiras para a construção de embarcações, editava comandos legais criando reservas e restringindo a utilização dos recursos naturais (DEAN, 1996, p. 151-156)¹¹⁰.

Somente no final do século XVIII, diante do excessivo desflorestamento da costa brasileira, intensificou-se a regulamentação e a penalização do corte de madeiras (PRADO; DEUSDARÁ FILHO, 1992, p. 41).

No Império, José Bonifácio de Andrada e Silva foi o precursor das “bases conceituais da instituição de terrenos florestais reservados em terras privadas” ao propor que a transferência das terras públicas aos particulares ficasse condicionada à manutenção, com florestas, de 16,67% da área total de cada gleba (AHRENS, 2007, p. 692-693).

¹¹⁰ Alguns exemplos de normas no Brasil Colônia: Ordenações Filipinas (1603), Regimento do pau-brasil de 1605, proibindo seu corte sem licença (SANTANA, 2007, p. 56) e o regimento sobre o corte de madeiras de 1799 (ANTUNES, 2010, p. 505).

No entanto, a primeira Constituição do Brasil (1824) não impôs qualquer restrição ao exercício do direito de propriedade. Com isso, a classe dominante, composta pelos grandes proprietários de terra, além de se opor à abolição do tráfico de escravos¹¹¹ e expulsar os indígenas de suas áreas, expropriava, com a conivência do Império, as terras públicas sem custo algum e pressionava pela revogação da tímida legislação florestal da época; “o solo era um recurso descartável” e o desmatamento avançava rapidamente (DEAN, 1996, p. 160-182).

Na República Velha, a ideologia do liberalismo (ANTUNES, 2010, p. 506) e os interesses da elite em manter uma economia atrelada à monocultura do café e à escravidão não permitiram maiores preocupações com as questões florestais. A primeira Constituição Republicana (1891) adotou o conceito ilimitado de direito de propriedade, onde cada um era livre para suprimir as matas como melhor lhe aprouvesse (SANTANA, 2007, p. 60).

Aos poucos, surgiram falas a respeito de um código de florestas:

(i) no final do século XIX, com Alberto Loefgren, um botânico sueco que dirigia o Serviço Florestal do Estado de São Paulo (DEAN, 1996, p. 247-248);

(ii) em 1907, São Paulo e Minas Gerais debateram códigos estaduais de florestas e o Paraná chegou a adotar um, mas nunca foi aplicado (DEAN, 1996, p. 272);

(iii) em 1911, o ministro da Agricultura, Indústria e Comércio apresentou uma proposta de um código florestal, que nunca prosperou (RESENDE, 2002, p. 74);

(iv) em 1920, o presidente Epitácio Pessoa ressaltou ao Congresso Nacional que o Brasil era o único país com florestas, sem um código florestal (DEAN, 1996, p. 272).

¹¹¹ Dean (1996, p. 162) lembra que a lei que aboliu o tráfico de escravos foi assinada em 1831 e entrou em vigor somente em 1851; nesse último meio século, 1 milhão e 250 mil escravos foram importados para o Brasil.

Existiam, por outro lado, opositores a tais ideias, como Edmundo Navarro de Andrade, pesquisador e defensor do eucalipto como matéria prima, que assumiu o Serviço Florestal do Estado de S. Paulo em 1911 e afirmou que era “vexatório, violento e brutal” obrigar um proprietário a conservar sua floresta e impedi-lo de explorá-la (DEAN, 1996, p. 261).

2 – O CÓDIGO FLORESTAL DE 1934

Com a Revolução de 1930, o país passou a ser dirigido por um Governo Provisório chefiado por Getúlio Vargas. O Congresso Nacional foi dissolvido, o Brasil era governado por Decretos-Lei presidenciais e o Estado intervinha fortemente na ordem econômica.

A partir daí, uma corrente legislativa provocou profundas mudanças no regime jurídico da propriedade (FIGUEIREDO, 2004, p. 167), com destaque para a promulgação da Constituição de 1934, a primeira a condicionar o exercício do direito de propriedade ao interesse social e coletivo.

A concepção jurídica da proteção das florestas em terras privadas foi alterada com a edição do primeiro Código Florestal (Decreto nº. 23.793, de 23 de janeiro de 1934), resultado de um anteprojeto elaborado por uma comissão, da qual foi relator o procurador jurídico do Serviço Florestal Brasileiro, Luciano Pereira da Silva (AHRES, 2005, p. 84). Inúmeros autores discorrem sobre essa norma, como Pereira (1950), Prado e Deusdará Filho (1992, p. 40), Dean (1996), Castro (2010, p. 93-99), Ahres (2001, 2005 e 2007). Para o presente trabalho, é pertinente ressaltar o caráter inovador desse decreto, que declarava as florestas e demais formas de vegetação como bens de interesse comum a todos (BRASIL, 1935).

O Código de 1934 proibiu a derrubada de matas existentes nas margens dos cursos d’água e das encostas de morros e criou uma espécie de “reserva florestal de madeira”, estipulando que nenhum proprietário de terras cobertas de matas poderia abater mais que três quartos da vegetação

nativa existente¹¹², a menos que fosse para a transformação de florestas heterogêneas em homogêneas, com a finalidade de exploração (BRASIL, 1935).

Ainda que a devastação da vegetação já fosse um problema relevante sob o ponto de vista político e administrativo, a questão ambiental não era a inquietação primordial do Código Florestal de 1934, mas, sim, um provável déficit florestal para o consumo de madeiras do mercado, notadamente para as indústrias de siderurgia e empresas de transporte ferroviário, como explicam Prado e Deusdará Filho (1992, p. 41).

As determinações do Código de 1934 foram praticamente ignoradas (PRADO; DEUSDERÁ FILHO, 1992, p. 41; DEAN 1996, p. 277 e 303), até porque o modelo econômico daquela época privilegiava o “acesso facilitado aos recursos naturais”, além do latifúndio, da apropriação de terras públicas e da concentração fundiária (RESENDE 2002, p. 75). No entanto, essa norma foi importante para a questão florestal ganhar relevância na legislação pátria (ANTUNES, 2010, p. 507).

3 – O CÓDIGO FLORESTAL DE 1965

Com o tempo, novas propostas de reorganização da questão florestal foram surgindo, das quais se destacam: (i) a obra do desembargador Osny Duarte Pereira (PEREIRA, 1950), para quem as condições ideais de aproveitamento do solo pareciam exigir um mínimo de 25% de áreas cobertas por mata; (ii) a sugestão de condicionar o financiamento público de atividades agrícolas à conservação de pelo menos 30% da área total do imóvel, apresentada por Luisa Bueno Gomm, no 1º Congresso Florestal Brasileiro (1953) (AHRENS, 2007, p. 700); (iii) o “Projeto Daniel de Carvalho”, remetido ao Congresso Nacional em janeiro de 1950 (AHRENS, 2005, p. 88); (iv) anteprojeto de lei para um novo Código Florestal, elaborado em 1954, pelo Serviço Florestal Brasileiro

¹¹² A vegetação plantada com iniciativa própria do dono da terra estava excluída dessa proteção legal (art. 24, do Decreto nº. 23.793/1934).

(posteriormente transformado em projeto de lei nº 1.011/56, que originou o Código de 1965) (AHRENS, 2001, p. 25).

Em 1961, o presidente Jânio Quadros constituiu um grupo de trabalho, coordenado por Osny Duarte Pereira e composto por juristas e técnicos de diversas instituições, com a missão de reformular o Código de 1934 (URBAN, 1998, p. 225).

O grupo adotou algumas diretrizes, dentre as quais: o trabalho seria de gabinete; as sugestões seriam aprovadas apenas com consenso de todos os integrantes; e a opinião pública, incluindo o empresariado rural, seria ouvida após a finalização da proposta inicial (URBAN, 1998, p. 227-228).

Quando foi apresentado, o projeto continha a previsão de uma reserva florestal em terras privadas; entidades de classe e setores públicos fizeram sugestões ao texto, mas somente algumas foram incorporadas (URBAN 1998, p. 234-235).

Em 1964, a ditadura militar se instalou no comando do país, centralizando o poder no nível federal. Na Amazônia, várias políticas e ações estratégicas equivocadas eram adotadas pelos militares, sob o pretexto de desenvolver a região, como o favorecimento à difusão de empresas e grandes propriedades agropecuárias, que contribuiu para a expansão da fronteira agrícola e madeireira (PRADO; DEUSDARÁ FILHO, 1992; PAGNOCCHESCHI E BERNADO, 2006, p. 104; MELLO, 2006, p. 27-34).

Mesmo assim, a proposta final para um novo código de florestas, elaborada por aquele grupo trabalho, foi enviada ao Congresso Nacional, onde sofreu uma série de modificações, inclusive o desvirtuamento de muitas disposições por conta do *lobby* de madeireiros e grandes senhores de terra (URBAN, 1998, p. 235 e 238).

Em setembro de 1965, três anos antes de ser dissolvido pelo Ato Institucional nº 5, o Congresso Nacional aprovou o novo Código Florestal Brasileiro (CFB/1965), que foi sancionado pelo presidente general Humberto de Alencar Castello Branco, tornando-se a Lei Federal nº. 4.771/1965.

Benjamin (2000, p. 22) se surpreende com a ratificação do Código de 1965 por um Executivo “militarmente ocupado, acusado das mais graves violações de direitos humanos básicos, e sob os olhos de um Congresso dominado por representantes de uma poderosa oligarquia rural”. De fato, considerando esse contexto político, causa estranheza essa lei limitar o exercício dos direitos de propriedade em imóveis rurais e considerar as florestas e demais formas de vegetação como “bens de interesse comum a todos os habitantes do País” (BRASIL, 1965). Segundo Benjamin (2000, p. 22), somente a certeza da inaplicabilidade ou inexigibilidade desse diploma explicaria sua promulgação, a exemplo do Código de 1934.

Figueiredo e Leuzinger (2001, p. 83) avaliam que o Brasil de 1965 ainda possuía extensas, contínuas e intocadas áreas representativas de seus ecossistemas e as regiões ocupadas pela produção agropecuária eram significativamente menores do que as atuais. Havia, pois, “uma ampla margem para exploração” econômica nos imóveis rurais e os limites impostos pelo CFB/1965 “estavam muito longe de serem atingidos”, razão pela qual a oligarquia rural não se insurgiu diante da nova lei.

Com o passar do tempo e com o “avanço da mecanização agrícola, das monoculturas e da pecuária extensiva”, aquelas áreas intocadas foram sendo alcançadas e os limites do Código de 1965 começaram a incomodar (FIGUEIREDO; LEUZINGER, 2001, p. 83). “A efetividade progressiva da Lei 4.771/65 na proteção do meio ambiente é diretamente proporcional às pressões impostas por um modelo de desenvolvimento agroindustrial não sustentado, do qual são hoje seus representantes políticos os deputados e senadores da bancada ruralista do Congresso Nacional” (FIGUEIREDO; LEUZINGER, 2005, p. 140).

O Código de 1965 era uma norma geral que estabelecia condutas, proibições, penalidades e incentivos para o setor privado aproveitar racionalmente os recursos florestais. Sua elaboração levou em conta conhecimentos científicos da época, assim como ocorreu com seu antecessor de 1934 (SILVA et al., 2011, p. 4), mas não houve participação do movimento ambientalista, que ainda não havia se formado

(BENJAMIN, 2000, p. 22). Apesar de não usar o termo “reserva legal”, seu texto original fixava, além das áreas de preservação permanente (APPs), algumas restrições à plena exploração da propriedade rural, como a permissão de corte raso nas regiões Leste Meridional, Sul e no sul do Centro-Oeste, condicionada à manutenção de 20% da área do imóvel com cobertura arbórea, sendo que esse limite subia para 50% na região Norte e na parte norte do Centro-Oeste¹¹³ (BRASIL, 1965, arts. 16 e 44).

Prado e Deusdará Filho (1992, p. 47-49) criticavam o Código de 1965, que passava uma impressão de que existia “uma prioridade implícita” de que as terras florestais deviam ser “cedidas, sem muita hesitação, para a agricultura”.

4 – A NOVA REPÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o fim da ditadura militar e o advento da Nova República (1985), o país iniciou uma fase de transição, inclusive no campo ambiental, por meio do qual foram alteradas algumas políticas florestais e não florestais que, durante os anos de chumbo, foram responsáveis por um “modelo desenvolvimentista de ocupação” na Amazônia, com espoliação dos recursos naturais (PRADO; DEUSDARÁ FILHO, 1992, p. 49 e 60)¹¹⁴.

Três anos depois, uma nova ordem constitucional foi introduzida no Brasil. Com a pletera de direitos que abriga, a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) trouxe uma inédita perspectiva de proteção ao meio ambiente, consagrado no *caput* do art. 225¹¹⁵, que atrela a questão ambiental à outros preceitos constitucionais, como o direito à vida (art. 5º) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Em outras palavras, o meio ambiente ecologicamente equilibrado exigido pelo artigo 225, da CF/1988, passou a ser condição essencial para

¹¹³ Esses limites e outros dispositivos são criticados por Prado e Deusdará Filho (1992, p. 48-49).

¹¹⁴ Destaca-se a edição da Lei Federal nº 6.981/1981, a Política Nacional do Meio Ambiente, que descentralizou as decisões e ampliou a participação na formulação de políticas (MELLO, 2006, p. 62).

¹¹⁵ CF/ 1988, 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.

a existência de uma vida sadia. Por isso, o direito ao meio ambiente é uma extensão dos direitos fundamentais, sem o qual não há que se falar em dignidade da pessoa humana e direito à vida na amplitude determinada pela Constituição.

Além disso, a CF/1988, que garantiu ao proprietário rural a possibilidade de exploração econômica de suas terras (direito de propriedade, art. 5º, XXII), introduziu uma restrição de igual grandeza, qual seja, o respeito à sua função social (art. 5º, XXIII) (MORAES, 2002, p. 16). Assim, a função social da propriedade rural foi consolidada de uma vez por todas no plano constitucional (art. 186), exigindo o aproveitamento racional e adequado das terras e a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis¹¹⁶.

Nesse espírito constitucional, a política ambiental brasileira iniciou um ciclo virtuoso com a criação de programas, a edição de leis e alterações em normas jurídicas existentes¹¹⁷.

Foi assim que, dois anos antes (1986), o Congresso Nacional aprovou a Lei Federal nº 7.511/1986, aumentando as extensões de APPs previstas no CFB/1965 e proibindo a transformação de florestas heterogêneas em homogêneas.

Em 1988, o governo brasileiro lançou o Programa Nossa Natureza, que estabeleceu diretrizes para a execução de uma política ampla de proteção ambiental¹¹⁸. Era uma resposta às pesadas críticas internacionais ao modelo de desenvolvimento adotado pelo Brasil na Amazônia (KOHLHEPP, 1992, p. 85; MELLO, 2006, p. 49).

Dentro desse programa, alguns dispositivos do CFB/1965 foram regulamentados por normas jurídicas diversas e outros foram alterados

¹¹⁶ CF/ 1988, art. 186: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

¹¹⁷ Nessa fase, destaca-se o crescimento e a consequente influência do movimento ambiental na elaboração de políticas públicas de proteção ao meio ambiente.

¹¹⁸ Segundo Kohlhepp (1992, p. 85-87), os objetivos do Programa Nossa Natureza eram bem genéricos, voltados para todas as regiões do país; no entanto, a situação econômica do Brasil no final do governo Sarney e a falta de vontade política levaram o programa ao insucesso.

pela Lei Federal nº 7.803/1989, que redimensionou mais uma vez os limites das APPs e adotou o termo “reserva legal” (RL) para designar a área mínima que cada propriedade deveria manter com cobertura vegetal, sem permissão de corte raso¹¹⁹, fixada em 50% para as regiões Norte e Centro-Oeste e 20% para o restante do país, incluindo o Cerrado (BRASIL, 1989).

Para perpetuar a RL, essa norma tornou obrigatória a demarcação e a averbação da reserva legal à margem da matrícula imobiliária, vedando a alteração de sua destinação por ocasião da venda, sucessão ou desmembramento da propriedade (BRASIL, 1989).

O CFB/1965 e suas alterações dispunham sobre a manutenção da RL, mas não consideravam os casos de sua inexistência (AHRENS, 2001, p. 29). Somente em 1991, a Lei Federal nº. 8.171/1991 (Política Agrícola) estipulou um prazo de 30 anos para que os imóveis rurais pudessem cumprir a obrigação de recompor a vegetação de sua RL; estabeleceu-se ainda isenção de imposto territorial rural (ITR) para as RLs e APPs (BRASIL, 1991).

5 – O AUMENTO DO DESMATAMENTO NA AMAZÔNIA E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA ERA FHC

No início da década de 1990, alguns acontecimentos relacionados à temática ambiental deram maior visibilidade internacional à região Amazônica, valendo citar:

(i) a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92) e o Programa Piloto para a Proteção das Florestas Tropicais do Brasil (PPG7)¹²⁰, lançado em 1992, com previsão

¹¹⁹ Corte raso é um “tipo de corte em que é feita a derrubada de todas as árvores, de parte ou de todo um povoamento florestal, deixando o terreno momentaneamente livre de cobertura arbórea” (Portaria P/1986, do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal - IBDF).

¹²⁰ O PPG7 era uma iniciativa conjunta do governo e da sociedade civil brasileira e da comunidade internacional para conservação das florestas da Amazônia e da Mata Atlântica. Foi instituído pelo Decreto nº 563, de 05 de junho de 1992 e era financiado por doações dos países desenvolvidos, da União Europeia, dos Países Baixos e complementadas pelo governo brasileiro, governos estaduais e sociedade civil (Fonte: Ministério do Meio Ambiente, <<http://www.mma.gov.br/port/sca/ppg7/index.html>>, acesso em 12 de fevereiro de 2012).

de captação de US\$ 1,5 bilhão para fomentar a criação e implementação de políticas públicas de desenvolvimento com conservação ambiental (MELLO, 2006, p. 62-97; PAGNOCCHESCHI; BERNADO, 2006, p. 112 e 116);

(ii) os marcantes conflitos sociais, como o Massacre de Haximu, em 1993, onde 13 índios Ianomâmis foram assassinados por garimpeiros e pistoleiros, com requintes de crueldades (PAGNOCCHESCHI; BERNADO, 2006, p. 115);

(iii) aumento das taxas de desmatamento decorrentes das dinâmicas das frentes pioneiras (MELLO, 2004; 2006, p. 23-57) e de um conjunto de fatores provocados por políticas não florestais e pela fragilidade de políticas florestais adotadas, principalmente, a partir do regime ditatorial militar (PRADO E DEUSDARÁ FILHO, 1992).

As inquietações alusivas às questões ambientais da Amazônia se intensificaram no início do primeiro mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB) (1995-1999), quando havia uma desconfiança de que os resultados do desmatamento seriam alarmantes (CUNHA, 2013, p. 56).

Até que, dados oficiais do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) indicaram um recrudescimento das taxas de desflorestamento na Amazônia Legal na primeira metade dos anos 1990, chegando a 29.059 km² só em 1995, um recorde até hoje.

Então, o governo Cardoso, cuja pasta ambiental era composta por especialistas em questões florestais e amazônicas, entendeu que era preciso agir, até porque, como informa Sharf (1996, p. 4), temia-se que os dados do desmatamento pudessem arranhar a imagem do Brasil no exterior às vésperas de dois importantes eventos que aconteceriam em setembro de 1996: a reunião do PPG7, na Alemanha, e a Semana da Amazônia, em Nova Iorque (EUA).

Na época, o Executivo já fazia uso indiscriminado das medidas provisórias¹²¹, como mostram Figueiredo e Limongi (2003), Nascimento (2004, p. 189) e Kadri (2004, p. 235-241). Assim, tendo em vista as recomendações colocadas por especialistas do Ministério do Meio Ambiente e o desenho institucional das medidas provisórias, que conferia vantagens expressivas, como força de lei e eficácia imediata, o presidente Cardoso optou por essa espécie normativa para enfrentar o desmatamento na Amazônia (CUNHA, 2013, p. 58).

Foi assim que o governo editou a medida provisória (MPv) n°. 1.511/1996, que deu nova redação ao art. 44, do CFB/1965, proibindo o corte raso de 80% das áreas dos imóveis rurais situados na Amazônia, onde a cobertura arbórea fosse constituída de fitofisionomias¹²² florestais. Essa alteração implicou no aumento da fração de reserva legal nos imóveis rurais da região, passando de 50% para 80%.

Em razão de uma série de fatores legais, institucionais e políticos analisados em Cunha (2013), a referida medida provisória era reeditada mensalmente e novas alterações eram introduzidas no CFB/1965. Em maio de 2000, o Código Florestal foi largamente modificado pela MPv n°. 1.956-50/2000, elaborada a partir de um extenso debate pluralista promovido pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), com ampla participação pública. O texto dessa norma foi reeditado sem alterações nos meses seguintes, finalizando na MPv. 2.166-67/2001, que vigorou até maio de 2012.

¹²¹ Medida provisória é um diploma legal criado pela CF/1988, de competência privativa do presidente da República, por meio do qual exerce o poder excepcional de legislar, e tem por finalidade resolver provisória e extraordinariamente situações de relevância e urgência, até que seja ratificada ou rejeitada em definitivo pelo Congresso Nacional. Os pressupostos indispensáveis de relevância da matéria e da urgência da prestação legislativa são conceitos jurídicos abstratos, expostos, inicialmente, à avaliação discricionária do presidente. Posteriormente, esse juízo discricionário é submetido ao Legislativo, podendo ser objeto de controle do Judiciário nos casos de excesso de poder e manifesto abuso institucional. A medida provisória é um ato que tem força de lei e seus efeitos entram imediatamente em vigor após sua edição (BRASIL, 1988, art. 62; BRASIL-STF, 2008). A medida provisória tem todos os atributos de uma lei: generalidade e imperatividade (dirige-se indistintamente para todos os cidadãos, impondo uma conduta obrigatória para quem estiver no seu campo de incidência), autorização (o lesado pela violação da norma pode exigir seu cumprimento ou reparação de dano) e permanência (perdura até ser revogada por outra lei) (VACCHIANO, 2007, p. 487).

¹²² Fitofisionomia é a flora típica de uma região.

6 – O DESMONTE DO CÓDIGO FLORESTAL E DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

De um modo geral, as regras do CFB/1965 foram ignoradas. Os números desse descumprimento são divergentes, mas bastante expressivos. Silva et al. (2011, p. 10), por exemplo, acentuam que 83 milhões de hectares (ha.) de áreas protegidas pelo CFB/1965 estavam irregularmente ocupadas. Soares-Filho (2013, p. 6), sustenta que o passivo ambiental do CFB/1965, ou seja, a área desmatada a ser recomposta, seria de 50±6 milhões de ha.

Diante desse cenário de descumprimento, o Estado brasileiro passou a criar condições institucionais para exigir a aplicação das regras contidas no CFB/1965, na forma prevista pela MPv. 2.166-67/2001, inclusive com a intensificação das ações do Ministério Público para recomposição das RLs desmatadas (CUNHA, 2013, p. 126).

Por outro lado, no final da primeira década dos anos 2000, “setores ligados à agropecuária, capitaneados pela Confederação Nacional da Agricultura (CNA) se insurgiram contra a legislação ambiental, acusando o CFB/1965 de afrontar o direito de propriedade, provocar insegurança jurídica, prejudicar a produção e carecer de base científica (TELLES DO VALLE, 2010, p. 347).

Em 2012, após um processo político-legislativo extremamente conflituoso, demonstrado e analisado em Cunha (2013, 2016), o CFB/1965, atualizado pela MPv. 2.166-67/2001, foi revogado pela Lei Federal nº 12.651/2012, que instituiu um Novo Código Florestal (CFB/2012).

A nova lei manteve as APPs e RLs, mas trouxe inovações que abrandaram uma série de exigências e regras que eram previstas no CFB/1965, tais como: as RL desmatadas de acordo com a lei da época não precisam mais ser recuperadas (art. 68, CFB/2012); as propriedades rurais consideradas pequenas que detinham, em 22 de julho de 2008, RL em porcentagem inferior ao mínimo estabelecido, não precisam recuperar esse déficit (art. 67, CFB/2012); redução drástica das exigências de recuperação de APPs, inclusive permitindo, em determinadas circunstâncias, a continuidade de certas atividades consolidadas até 22 de

julho de 2008 e uma série de anistias àqueles que, no passado, desmataram ilegalmente.

Com efeito, o CFB/2012 representa um significativo retrocesso ambiental para toda sociedade brasileira, de acordo com diversos estudos, como Soares-Filho (2013), Cunha (2013, 2016), Cunha e Villar (2015).

7 – 2019: UM NOVO GOVERNO, UMA “NOVA” POLÍTICA E VELHAS METAS DE DESTRUIÇÃO AMBIENTAL

Em 2019, o Brasil passou a ter um novo governo federal com perfil autoritário e ideológico, aliado aos setores mais retrógrados do ruralismo, o que vem resultando em um gravíssimo desmonte da política ambiental, com ataques às áreas protegidas e terras indígenas, esvaziamento de órgãos de proteção ambiental como o IBAMA, o ICMBio e a FUNAI, discursos no sentido enfraquecer o licenciamento ambiental, aprovação descontrolada de agrotóxicos proibidos em países desenvolvidos, aumento significativo da destruição da Amazônia pelo desmatamento e pelas queimadas ilegais, demissão de pesquisador renomado da direção do INPE por insistir nas veracidade dos dados da realidade ambiental da Amazônia.

O Código Florestal também está envolvido nesse projeto sombrio de retrocesso ambiental. A medida provisória (MPv.) 884/2019, editada pelo governo federal em junho de 2019 e que vem sendo analisada pelo Congresso Nacional, pretende alterar o CFB/2012, retirando da previsão legal o prazo que os donos de imóveis possuem para se cadastrar em um sistema de registro informatizado – o Cadastro Ambiental Rural (CAR) – destinado à realização de um plano de regularização e recomposição ambiental em APPs e RLs. Em outras palavras, donos de imóveis rurais ficariam sem prazo para cumprir a lei.

Registre-se ainda o projeto de lei nº 2362/2019, apresentado no Senado Federal por um dos filhos do presidente da República, que objetivava acabar com as áreas de reserva legal, sob o argumento inconstitucional de garantir o direito de propriedade. Felizmente, a referida proposta foi arquivada.

9 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em rápidas passagens, o trabalho mostra que a legislação visando a proteção ambiental da vegetação situada em imóveis rurais privados, consubstanciada notadamente nos Códigos Florestais editados ao longo da história, é essencial.

O foco histórico deste artigo demonstra um aprimoramento gradual do anteparo legal ambiental ao longo dos tempos, inclusive no período da ditadura militar, com o aperfeiçoamento das regras alusivas às áreas de preservação permanente e reserva legal.

A partir da CF/1988, houve um ciclo virtuoso com a criação de programas, a edição de leis e alterações no Código Florestal de 1965 (CFB/1965), ajustando às novas diretrizes constitucionais que determinam um meio ambiente ecologicamente equilibrado como condição essencial a sadia qualidade de vida.

Todavia, em um momento recente na nossa história, essa lógica se reverteu e o Código Florestal de 2012 (CFB/2012), consubstanciado na Lei Federal nº 12.651/2012, é um marco relevante do retrocesso da proteção do meio ambiente.

Esse cenário de retrocessão vem se agravando com o novo governo, que tem profundo desprezo pela questão ambiental, pela democracia e pela CF/1988. É nesse contexto que surgiram as recentes tentativas de alteração do CFB/2012, pois aos adversários do meio ambiente não bastaram os retrocessos originais dessa lei.

Por outro lado, esse desmonte é um atentado aos direitos fundamentais previstos na CF/1988, principalmente o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Afinal, o art. 225, da CF/1988, deixa claro que o meio ambiente que as pessoas têm direito deve estar “ecologicamente equilibrado”, sem o qual não há uma sadia qualidade de vida. Como assevera Antunes (2013, p. 67), a ordem constitucional vigente elevou a “fruição de um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado” a um direito fundamental. No mesmo sentido, o jurista Antonio A. Cançado Trindade (1993, p. 76) afirma:

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 dessa existência – a qualidade de vida -, que faz com que valha a pena viver.

Portanto, contra os projetos governamentais retrógrados e obscuros que reduzem a proteção ambiental do CFB/2012, que já recuou em relação à norma anterior, o remédio é a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS DAS FONTES

AHRENS, Sergio. **O instituto jurídico da reserva (ambiental) legal: conceito, evolução e perspectivas**. 2001. 59 f. Monografia (Graduação) – Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2001.

AHRENS, Sergio. O Código Florestal Brasileiro e o uso da terra: histórico, fundamentos e perspectivas (uma síntese introdutória). **Revista de Direito Difusos**. São Paulo: ADCOAS, vol. 31 - Código Florestal: 40 anos (I), p. 81-102, mai./jun. 2005.

AHRENS, Sergio. Sobre a Reserva Legal: origens históricas e fundamentos técnico-conceituais. *In*: BENJAMIN, A. Herman; LECEY, Eladio; CAPELLI, Silvia (orgs). **12º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 2007. Meio Ambiente e Acesso à Justiça. Flora, Reserva Legal e APP**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de SP, 2007. v. 1. p. 691-707.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 15. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013

BENJAMIN, Antonio Herman. A Proteção das Florestas Brasileiras: Ascensão e Queda do Código Florestal. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 18, p. 21-37, abr./jun. 2000.

BRASIL. Decreto 23.793/1934 (Decreto do Executivo), de 23 de janeiro de 1934. Approva o Código Florestal que com este baixa. **Diário Oficial**. Rio de Janeiro, RJ, 21 mar. 1935.

BRASIL. Lei Ordinária nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 16 set. 1965, p. 9529 (publicação). Brasília, DF, 20 set. 1965, p. 9513 (retificação).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Ordinária nº 7.803, de 18 de julho de 1989. Altera a redação da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e revoga as Leis nºs. 6.535, de 15 de junho de 1978, e 7.511, de 7 de julho de 1986. **Diário Oficial FC**. Brasília, DF, 20 jul. 1989, p. 012025-1.

BRASIL. Lei Ordinária nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política agrícola. **Diário Oficial**. Brasília, DF, 18 jan. 1991, p. 1330.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 28 mai. 2012, p. 1.

BRASIL-STF (Supremo Tribunal Federal). **Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade nº 4048-1/DF**. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Medes. Tribunal Pleno, Brasília, 14 maio de 2008, 41 p. (Diário da Justiça Eletrônico em 22 ago. 2008). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2602344>>. Acesso em 29 mar. 2012.

CASTRO, Daniel Stella. **A Reserva Legal, sua instituição e seu desmatamento em propriedades rurais no município de Sorriso, no Mato Grosso**. 2010. 306 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Ambiental) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental da Universidade de São Paulo (PROCAM-USP), São Paulo, 2010.

CUNHA, Paulo Roberto. **O Código Florestal e os processos de formulação do mecanismo de compensação de reserva legal (1996-2012): ambiente político e política ambiental**. 2013. 255 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental (PROCAM) da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/90/90131/tde-06092013-000029/pt-br.php>>

CUNHA, Paulo Roberto. **Código Florestal e compensação de reserva legal: ambiente político e política ambiental**. São Paulo: Annablume Cidadania e Ambiente, 2016

CUNHA, Paulo Roberto; VILLAR, Pilar Carolina. A Segurança hídrica, as matas ciliares e o novo Código Florestal. In GEHIEN, Vitória Régia F.; CHAVES, Helena Lucia Augusto; BARBOSA, Marx Prestes (orgs.) **Territórios em risco**. Recife: Ed. UFPE, 2015, p.189-210.

DEAN, Warren. **A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica brasileira**. Tradução Cid Knipel Moreira; revisão técnica José Augusto Drummond. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. 484p.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Medidas Provisórias. In: BENEVIDES, Maria Victória; VANUCHI, Paulo; KERCHE, Fábio (orgs). **Reforma Política e Cidadania**. São Paulo. Editora Perseu Abramo, 2003, p. 266-299.

FIGUEIREDO, Guilherme J. Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004. 288p.

FIGUEIREDO, Guilherme; LEUZINGER, Márcia Dieguez. Anotações acerca do Processo Legislativo de Reforma do Código Florestal. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, , nº 21, p. 83-91, jan./mar. de 2001.

FIGUEIREDO, Guilherme; LEUZINGER, Márcia Dieguez. Anotações acerca do Processo Legislativo de Reforma do Código Florestal. **Revista de Direito Difusos**. São Paulo: ADCOAS, vol. 31 - Código Florestal: 40 anos (I), p. 139-150, mai./jun. 2005

KADRI, Omar Francisco do Seixo. **O Executivo Legislador: o caso brasileiro**. Universidade de Coimbra - Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2004.

KOHLHEPP, Gerd. Desenvolvimento regional adaptado: o caso da Amazônia brasileira. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 6, n. 16, Dez/1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000300008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 05. fev. 2012.

MACHADO, Paulo A. Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, Emilena Muzolon. RANIERI, Victor Eduardo Lima. Determinantes da decisão de manter áreas protegidas em terras privadas: o caso das reservas legais do Estado de São Paulo. **Ambiente e Sociedade**. São Paulo, v. 15, n. 1, p. 131-145, abr. 2012.

MELLO, Neli Aparecida de. As iniciativas sociais de desenvolvimento sustentável na Amazônia. **GEOUSP, Espaço e Tempo**. São Paulo, nº 16, p. 87-109, 2004.

MELLO, Neli Ap. de. **Políticas territoriais na Amazônia**. São Paulo: Annablume, 2006.

METZGER, Jean Paul. O Código Florestal tem base científica? **Natureza & Conservação/Associação Brasileira de Ciência Ecológica e Conservação (ABECO)**. Editora Cubo, São Carlos/SP, v. 8, nº 1, p. 1-8, 2010

MORAES, Luís Carlos Silva de. **Código Florestal Comentado**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2002. 324 p.

NASCIMENTO, Rogério J. B. Soares do. **Abuso do Poder de Legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

PAGNOCCHESCHI, Bruno. BERNADO, Maristela. Política Ambiental no Brasil. In STEINBERGER, Marília (org). **Territórios e ambiente em políticas territoriais.** Brasília: Pararelo 15 e LGE Editora, 2006, pp. 101-125.

PEREIRA, Osny Duarte. **Direito florestal brasileiro: ensaio.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1950.

PRADO, Antonio Carlos do. DEUSDARÁ FILHO, Raimundo. **Políticas públicas e uso dos recursos florestais na Amazônia.** Trabalho encomendado pela Funatura (Fundação Pró Natureza), como parte do estudo “Development work to phase ou trade on unsustainably produced timber: assessment of future mahogany supply and alternative industrial operations for sustainable production”. Não publicado. Brasília, julho/1992

RESENDE, Roberto Ulisses. **As regras do jogo: legislação florestal e desenvolvimento sustentável no Vale do Ribeira.** São Paulo: Annablume: Fapesp, 2002 (originalmente apresentada como Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental da Universidade de São Paulo, 2000).

SANTANA, Ana Cristina Almeida. Evolução da Legislação Florestal Brasileira e a persistente lacuna em relação à caatinga e ao cerrado. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPELLI, Silvia (orgs). **12º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 2007, São Paulo. Meio Ambiente e Acesso à Justiça. Flora, Reserva Legal e APP.** São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007. v. 1. p. 55-67.

SHARF, Regina. A guerra das motosserras. In **Boletim Parabólicas.** Instituto Socioambiental (ISA), Brasília, v. 3, nº. 21, agosto/1996, p. 4-5.

SILVA, José A. Aleixo; NOBRE, Antonio Donato; MANZATTO, Celso Vainer; JOLY, C. Alfredo; RODRIGUES, Ricardo R.; SKORUPA, Ladislau A.; NOBRE, Carlos A.; AHRENS, Sérgio; MAY, Peter Herman; SÁ, Tatiana Deane de Abreu; CUNHA, Maria Manuela Ligeti Carneiro da; RECH FILHO, Elibio Leopoldo. **O Código Florestal e a Ciência: contribuições para o diálogo.** ISBN 978-85-86957-16-1, São Paulo: Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, SBPC; Academia Brasileira de Ciências, ABC. 2011. 124 p.

SOARES-FILHO, Britaldo Silveira. Impacto da Revisão do Código Florestal: como viabilizar o grande desafio adiante? **Secretaria de Assuntos Estratégicos do Governo Federal e Centro de Sensoriamento Remoto da Universidade Federal de Minas Gerais.** 2013.

SPAROVEK, Gerd; BARRETO, Alberto; KLUG, Israel; PAPP Leonardo; LINO, Jane. A Revisão do Código Florestal Brasileiro. **Revista Novos Estudos**, SP, p. 111-135, mar. 2011.

TELLES DO VALLE, Raul Silva. Código Florestal: mudar é preciso. Mas para onde? In: TELES DA SILVA, Solange; CUREAU, Sandra; LEUZINGER, Márcia Dieguez (orgs). **Código Florestal: desafios e perspectivas**. São Paulo: Editora Fiuza, 2010, p. 346-375.

TRINDADE, Antonio A. Cançado.. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Fabris, 1993.

URBAN, Teresa. **Saudade do matão**: lembrando a história da conservação da natureza no Brasil. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, 1998. 374 p.

VACCHIANO, Marcelo Caetano. Reserva legal na Amazônia Legal e medida provisória nº 2166: uma análise a luz do direito intertemporal. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPELLI, Silvia (orgs). **12º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 2007, São Paulo. Meio Ambiente e Acesso à Justiça. Flora, Reserva Legal e APP**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007. v. 1. p. 481-496.

POLÍTICAS SOCIAIS E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CIDADANIA NO BRASIL

Thaís Battibugli¹²³

SUMÁRIO: Introdução; 1. Cidadania, direitos e sociedade civil; 2. Modelos de *welfare state* e os direitos da cidadania; 3. *Welfare* no Brasil: modelo de implantação; Considerações finais; Referências das fontes.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho será analisar o impacto das políticas sociais brasileiras na redução da desigualdade social, da distância entre a renda dos mais ricos e dos mais pobres. Tal redução teria efetivamente entrado na agenda do governo central em algum momento? Teria a política social brasileira apenas acentuado a desigualdade social?

Outra preocupação será definir o modelo de *welfare* brasileiro implantado da história do país, com destaque para as linhas mestras que acompanharam as políticas sociais no século XX e, ao mesmo tempo, para as peculiaridades de cada fase desse sistema. Para isso será utilizado como base teórica o modelo de *welfare* de Gosta Esping-Andersen (1990) e o modelo de expansão dos direitos relacionados à cidadania de T. H. Marshall (1965; 1967).

Entende-se por política social, ações governamentais sobre fenômenos diversos como seguro social, política educacional, assistência médica, obras de infra-estrutura básica, como rede de água, esgoto, com o objetivo de melhorar as condições de vida da população. Vale notar que seu significado, seu conteúdo se altera historicamente e pode sofrer variações de país para país em uma mesma época.

¹²³ Doutora em Ciência Política (USP). Professora da FADIPA-UNIANCHIETA.

1. CIDADANIA, DIREITOS E SOCIEDADE CIVIL

Até o nascimento das sociedades modernas, a pobreza era tratada como mero fato social pela sociedade antiga e medieval, sendo apenas o resultado de uma condição imposta naturalmente pelo nascimento na base da pirâmide social (Ferreira, 2001, p. 129). Somente a partir das sociedades modernas o tratamento dos doentes, o ensino dos ignorantes e a ajuda aos indigentes se tornaram uma preocupação coletiva, um problema social passível de gerenciamento burocrático pelo Estado e de discussões, pressões político-sociais (Swaan, 1988, p. 1; Marshall, 1965, p. 28-29).

A efetivação das políticas sociais foi alvo de inúmeros debates na sociedade. Dentre a elite, os liberais, de um modo geral, não queriam responsabilidade social com os desvalidos e viam a pobreza como um mero fracasso pessoal. No século XVIII, a caridade era tida por parte da elite inglesa como perniciosa ao pobre, ao induzi-lo a indolência, a imprevidência e a falta de empenho no trabalho. Dessa forma, o pensamento liberal se colocava como um entrave à emergência da seguridade social. Apoiavam apenas a política educacional como ponto-chave para a formação de hábitos mais prudentes e a mudança de vida (Bendix, 1996, p. 93-95; Rimlinger, 1971 p. 35). A elite conservadora tendia a apoiar ações do Estado em prol do bem-estar da coletividade, de cunho protetivo, paternalista, de modo a prevenir conflitos.

Já os socialistas reivindicavam democracia política aliada à democratização social, com a instauração de um sistema de políticas sociais que privilegiassem a conquista da igualdade de condições.

Na sociedade moderna, o cidadão é o membro de um Estado. Todos os cidadãos são iguais no que concerne aos direitos e deveres. Para ser um membro integral da sociedade, o cidadão tem de usufruir de direitos civis, políticos e sociais.

Os direitos civis relacionados à cidadania são, entre outros, os direitos necessários à liberdade individual, como a liberdade de pensamento, de imprensa, de ir e vir, de culto religioso, de acesso à justiça. Já os direitos políticos referem-se à liberdade de participar do exercício do poder. Os direitos sociais dizem respeito à prerrogativa de

ter uma vida com o mínimo de bem-estar, com a responsabilidade do Estado de garantir aos cidadãos o acesso a direitos sociais básicos de acordo com os padrões de cada sociedade (Marshall, 1967, pp. 63-64, 76, 104; Bobbio, 1992, p. 63; Castel, 1998, p. 504-505, 522).

Somente no Estado democrático de direito, a cidadania tem condições de se desenvolver plenamente. Tal organização pressupõe um sistema legal que primeiro, preserve as liberdades e as garantias políticas da poliarquia; segundo, garanta os direitos civis de toda a população; terceiro, seja permeada por redes de responsabilidade e mecanismos de fiscalização dos agentes do Estado¹²⁴ (O'Donnell, 2000, pp. 352-353).

Define-se a poliarquia como uma aproximação imperfeita do ideal democrático, pois parte-se do princípio de que nunca existiu uma democracia plena, todas tiveram e têm suas deficiências (Dahl, 1997, pp. 25-32).

De qualquer forma, um Estado para ser considerado uma poliarquia deve ter elevado grau de institucionalização da competição pelo poder associada à extensa participação política da população (Santos, 1994, p. 80). Além disso, é imprescindível a garantia dos direitos clássicos de associação, liberdade de expressão, formação de partidos, igualdade perante a lei e controle da agenda pública.

As poliarquias se desenvolveram em contexto histórico marcado por continuado processo de acumulação material, elevado grau de urbanização, formando uma sociedade complexa, interdependente, composta por vários grupos de interesse e pressão (Santos, 1994, p. 80-81).

2. MODELOS DE *WELFARE STATE* E OS DIREITOS DA CIDADANIA

Antes de se aprofundar no modelo de *welfare* brasileiro é preciso ter como apoio teórico certos autores que construíram sua matriz de análise a partir de estudos comparativos de políticas sociais. Para o presente estudo será utilizada a análise do sueco Gosta Esping-Andersen. Além disso será

¹²⁴ O termo utilizado em inglês para denominar tais redes é *accountability*.

necessário comparar o modelo de T. H. Marshall de expansão dos direitos da cidadania (civis, políticos e sociais) com o caso brasileiro.

Esping-Andersen sustenta haver três modelos de *welfare state*, formulados a partir de distintas composições entre dois fatores que tem relação dinâmica: a pressão popular e a matriz de poder. O conceito de matriz de poder envolve o Estado e suas instituições, pois se refere ao modo como o poder político é conduzido em suas instituições. A partir dessa ideia pode-se inferir que a expansão dos direitos e da política social vai depender tanto da capacidade de mobilização popular como da receptividade dessas demandas na matriz do poder (Arretche, 1995, p. 26-27).

O primeiro modelo é o liberal, possuindo como característica básica o seguro social a partir de contribuições prévias, de regras de qualificação para o recebimento de modestos benefícios. Há pequena transferência de renda para a população pobre e a clientela estatal é predominantemente formada pela classe trabalhadora de baixa renda. Como alternativa de complementação de renda, as classes mais favorecidas podem adquirir seguro social privado. Dessa maneira, o seguro é feito para que o cidadão opte pelo benefício apenas em último caso, devendo encontrar melhores condições de sobrevivência no mercado (Esping-Andersen, 1990, p. 26-27).

O segundo modelo é o corporativista ou conservador, em que há seguro social particularizado para diferentes classes sociais e categorias profissionais. Dessa forma, os direitos sociais estão condicionados ao critério de classe e de status. Assim, funcionários públicos poderiam ter benefícios não acessíveis a funcionários do sistema privado e trabalhadores do setor privado teriam acesso a benefícios diferenciados dependendo de sua renda. Tal sistema tende a focar principalmente a proteção familiar e companhias de seguro social privadas teriam um mero papel residual (Esping-Andersen, 1990, p. 27).

Já o terceiro modelo é o social-democrata. Tal sistema objetiva dar alto padrão de vida a toda a sociedade, a partir de grandes taxações. Os serviços sociais são universais e de qualidade para todos (Esping-Andersen, 1990, p. 27-28).

Tais modelos são construídos a partir do grau de desmercantilização (*de-commodification*) do cidadão no mercado. Esse fenômeno diz respeito ao quanto o cidadão depende ou não da sua inserção no mercado de trabalho para sobreviver (Esping-Andersen, 1990, p. 22-23). Em sociedade com alto grau de desmercantilização, os serviços sociais são universalizados, o cidadão depende pouco do mercado, pois encontra nas políticas sociais do Estado proteção em caso de acidente, desemprego, doença ou salário muito baixo, independentemente de renda, contribuição ou performance prévia, como no caso do modelo social-democrata, em que há um misto de universalização e desmercantilização. É preciso notar que para tal sistema funcionar plenamente é preciso que o Estado garanta pleno emprego para toda a população economicamente ativa e que tenha taxas elevadíssimas de recolhimento de impostos para poder manter efetivamente a universalização e a desmercantilização.

No modelo conservador, o Estado é visto como responsável por garantir os direitos sociais. Porém, não haveria preocupação com a redução de desigualdades sociais, pois os benefícios são segmentados por classe e status.

Dos três modelos o menos desmercantilizado é, sem dúvida, o modelo liberal, em que não há preocupação com a diminuição da desigualdade social e os benefícios são pequenos e de teto baixo. Tanto no modelo liberal como no conservador quem não consegue contribuir por estar fora do mercado de trabalho ou por não ter renda, não recebe benefícios (Esping-Andersen, 1990, p. 26-29).

É importante perceber que cada modelo tem em si diferente percepção do que seria a justiça social, variando de preocupação quase inexistente no modelo liberal, a verdadeiro norte, meta principal no modelo social democrata.

Além disso, não há na realidade concreta, país que tenha seguido apenas um desses modelos, cada nação constitui sua política social a partir do que percebe como problema de caráter social, formulando as soluções de acordo com as possibilidades, com as estratégias do poder político (matriz de poder) e com os grupos de pressão da época. É a dimensão mais nacional da política, vista como assunto interno.

T. H. Marshall relaciona as políticas sociais à expansão da cidadania, ou seja, as políticas sociais seriam fruto da expansão dos direitos, da noção de cidadania, tendo como caso concreto a Inglaterra. Para Marshall, o cidadão teria primeiro conquistado direitos civis (direitos fundamentais à vida, liberdade, igualdade perante a lei etc) para depois alcançar os direitos políticos (direito de votar e ser votado), indo finalmente para o terreno dos direitos sociais, definido como o direito a ter vida digna e civilizada, dentro dos padrões de bem-estar vigentes na sociedade (Marshall, 1967, p. 63-64). Segundo Martha Arretche (1995, p. 11-12, 19), o *welfare* para Marshall seria o resultado da ampliação progressiva dos direitos civis, como um subproduto de forças inerentes à industrialização, de processos lógicos e naturais que submetem os atores sociais, como se a expansão da cidadania fosse parte de um processo natural concedido pelo sistema.

Por outro lado, mesmo que o *welfare* tenha sido mero subproduto da industrialização, não se pode descartar da leitura de Marshall a visão de que o crescimento das políticas sociais teria sido marcado também pela pressão pelo bem-estar. Exemplo é a grande depressão econômica inglesa, no final do século XIX, aliada aos movimentos grevistas e de desempregados, que despertou a sociedade para a necessidade de políticas sociais, para a ideia de que o capitalismo sem qualquer tipo de proteção social tenderia a produzir fome e miséria entre milhares de trabalhadores que em nada lembravam pessoas vadias ou improdutivas.

Dessa forma, o Estado passaria a ter responsabilidade pelo bem-estar do povo como forma de responder às pressões sociais, devido às falhas do sistema, como forma de diminuição de conflitos sociais, além de, ao mesmo tempo, atender às forças inerentes à industrialização (Marshall, 1965, p. 27-34, Arretche, 1995, p. 11).

3. WELFARE NO BRASIL: MODELO DE IMPLANTAÇÃO

As políticas sociais brasileiras passaram por quatro fases distintas de desenvolvimento. A primeira, de 1930 a 1943 e a segunda, de 1966 a 1971 foram fases de construção do sistema de proteção social brasileiro, sendo marcadas por períodos ditatoriais, entre 1930-1934, 1937-1945 e

posteriormente entre 1964-1985. A terceira fase se iniciou com a promulgação da Constituição de 1988, marcada por traços social-democratas. A quarta fase, teve recente início, em 2016 e caminha novamente rumo ao modelo liberal e conservador, em franco retrocesso em relação à terceira fase.

É marcante o fato de que o governo federal brasileiro tenha iniciado firme compromisso em garantir certos direitos sociais apenas a partir da terceira década do século XX, enquanto em países como a Inglaterra, Alemanha tal preocupação ganhou corpo já no século anterior (Arretche, 1995, p. 22-23; Marshall, 1965, p. 27-39; Bendix, 1996, p. 110-111, 135; Santos, 1979, p. 100). Em um país marcado por profundas desigualdades sociais que remontam a organização colonial, tal demora contribui, sem dúvida, para a atual manutenção desse quadro inaceitável (Barros; Henriques; Mendonça, 2000, p. 21-22).

Durante a primeira fase, a política trabalhista brasileira foi marcada pelo corporativismo. O poder executivo se tornou altamente centralizado, legislando por decreto-lei. A burocracia de Estado passou a mediar as discussões políticas, com viés meramente técnico e conciliador dos interesses de grupos organizados de pressão, tanto de empresários que participavam diretamente desses órgãos burocráticos, como de trabalhadores, via sindicatos. O Congresso fora esvaziado como instrumento de representação política, sendo esta feita via corporações.

Tal característica se refletiu nas políticas sociais, pois o acesso aos direitos sociais não era garantido a todos. Pelo contrário, era restrito a certos grupos. No caso dos trabalhadores urbanos, apenas os inscritos em sindicatos oficiais, reconhecidos pelo governo, poderiam se beneficiar dos direitos protegidos pelo Estado e da justiça trabalhista.

No setor previdenciário, cada sindicato organizava a previdência do seu setor e os níveis de benefício eram também diferenciados de acordo com a faixa de contribuição e com o montante arrecadado pela categoria. Assim, a previdência dos bancários poderia oferecer mais benefícios que a dos empregados em transporte rodoviário. Esse sistema, denominado IAP (Instituto de Aposentadoria e Pensão) era regulado pelo Estado e por

representantes de organizações sindicais de patrões, empregados (Carvalho, 2001, p. 113-114).

Estavam excluídos dos IAPs os trabalhadores não-sindicalizados ou sindicalizados em organizações não reconhecidas pelo governo, os trabalhadores informais e os rurais, estes últimos formavam a maior parte da população economicamente ativa, nas décadas de 30 a 50. Vale notar que antes do IAP havia o CAP (Caixa de Aposentadoria e Pensão) de alcance muito mais restrito ainda que o IAP, pois era estruturado por empresas e não por categoria profissional.

Durante a década de 50 se discutiu a unificação e a padronização de benefícios do setor previdenciário para todos os trabalhadores do mercado formal, mas pressões de grupos de interesse, das categorias sindicais fortes que poderiam suprir sozinhas, inúmeros benefícios para a sua categoria, impediram a efetivação das reformas (Mesa-Lago, 1989, p. 4-5).

O grande avanço da política social nas áreas trabalhista e previdenciária ocorreu durante a administração Vargas de 1930 a 1945. O período democrático apenas manteve as conquistas e avançou no âmbito dos direitos políticos e civis (Carvalho, 2001, p. 125-126). Desse modo, pode-se dizer que essa primeira fase perdurou de 1930 a 1966, período em que a política social manteve as características da era Vargas.

Nota-se que a primeira fase de grande desenvolvimento da política social brasileira (1930-1943), foi estruturada não tanto por pressões diretas da sociedade, de trabalhadores que estavam organizados em sindicatos combativos desde a década de 10, mas principalmente por governo ditatorial que espelhando-se no ideário corporativista, queria ser o grande articulador da modernização das relações trabalhistas e o elo conciliador entre patrões e empregados (Santos, 1979, p. 20-21).

Característica constitutiva do modelo corporativista é a negociação por grupos de interesse, não estendida a todos os cidadãos, de forma seletiva, heterogênea e fragmentária (Draibe, 1989, p. 9). Não há preocupação com a estrutura social, atenta-se apenas para os setores considerados estratégicos, tanto do ponto de vista político como econômico. Desse modo, apenas as categorias bem organizadas e com

poder de negociação poderiam formar um IAP e gerar significativos benefícios para seus assegurados.

Ao se comparar essa primeira fase com o modelo de Esping-Andersen, observa-se no governo nacional concepção de política social conservadora, pois os direitos estavam condicionados a critérios de pertencimento a certos grupos, sindicatos, ao mesmo tempo em que havia certos traços liberais, pois o seguro social era garantido a partir de contribuições prévias, sem qualquer preocupação com a transferência de renda para a população pobre. Desse modo, além de se iniciar muito depois de vários outros países a política social brasileira não tinha como meta a elevação do nível de vida da população pobre, deixando intactos os níveis de desigualdade social.

A política social era vista como privilégio de alguns e não como direito de todos (Carvalho, 2001, p. 115). Não era direito de cidadania, mas fundo privado administrado pela tríplice aliança entre patrões, empregados e Estado (Santos, 1979, p. 24). A cidadania era “regulada”, como concessão do poder central, dada aos poucos para os que possuíssem maior poder de negociação com as estruturas técnico-burocráticas do governo. Salta aos olhos que mesmo no período democrático de 1945 a 1964 não houve alterações significativas dessa estrutura tão pouco democrática. Dentre as mudanças significativas estão apenas a Lei Orgânica da Previdência, que uniformizou as normas dos IAPs e do Estatuto do Trabalhador Rural em 1963, impulsionador da criação de sindicatos rurais. Entretanto, ainda estavam desassistidos do governo os trabalhadores rurais, empregadas domésticas, profissionais autônomos (Santos, 1979, p. 33)

A análise comparativa entre o modelo de T. H. Marshall e esse primeiro impulso de desenvolvimento das políticas sociais brasileiras, revela que no país os direitos sociais precederam tanto os direitos civis como os direitos políticos, pois foram políticas implantadas em período de severa restrição aos direitos políticos e civis da população (1930-1934 e 1937-1945). Qual seria a consequência de tal fenômeno?

É preciso notar que na Inglaterra, país que serviu de base para a construção do modelo de Marshall, a cidadania tende a ser ativa,

participante, pois primeiro foi garantida a base dos direitos civis, a liberdade individual, que propiciou aos cidadãos condições de expandir os direitos conquistados para a área política e social, como pressão incessante por mais participação e por mais bem-estar. Além disso, o próprio desenvolvimento capitalista teria como resultado natural a ampliação progressiva dos direitos civis, como subproduto de forças inerentes à industrialização.

A inversão dos direitos de cidadania no Brasil teve como consequência uma cidadania não-ativa, verdadeira “estadania”, pois tais direitos tiveram como ponto de partida o Estado, enquanto poder decisivo e regulador da sua extensão. A população sem direitos civis garantidos ou efetivados, sem participação no processo político não era ator social ativo de peso. O direito social, que foi o primeiro dos direitos a ser realmente efetivado, foi concedido apenas aos grupos mais organizados, mais próximos do poder central. Desse modo, da mesma forma que a implantação dos direitos civis a partir do código de 1916, a implantação dos direitos sociais nessa primeira fase, foi feita de forma precária e insuficiente. Tal inversão, evidentemente, não significa que os caminhos da cidadania ativa e generalizada estejam barrados aos brasileiros, mas, sem dúvida, são fragilizados (Carvalho, 2001, p. 219-220).

A grande questão em relação aos direitos de cidadania no Brasil, porém, não seria a mera inversão da ordem de seu desenvolvimento, ou seja, os direitos políticos efetivados antes dos direitos civis, mas sim a falta de eficácia e mesmo de compromisso das ações governamentais e de setores da sociedade civil na reversão da situação de vulnerabilidade dos direitos civis e sociais. Tal quadro compromete o pleno funcionamento do Estado de Direito no país, pois a cidadania plena, integral não é extensa a todos os nacionais.

Além disso, o longo período de escravidão e o posterior abandono dos ex-escravos à sua própria sorte após 1888, sem condições de se inserir no processo de modernização do mercado de trabalho, contribuiu para a atual condição de subcidadania vivida por milhões de brasileiros. No Brasil, certos cidadãos valem menos que os outros, gozam de menor consideração junto à sociedade e às instituições estatais, são os

subcidadãos. Na condição de subcidadania o indivíduo não tem seus direitos civis assegurados, não tem acesso à justiça formal, está na condição de pária social, sua situação precária seria vista como natural para a parcela mais abastada da sociedade (Souza, 2000, p. 56-57, 267).

Além da ideia de subcidadania, outro conceito que auxilia na compreensão da vulnerabilidade social brasileira é o de desfiliação. O desfiliado é aquele que sofreu algum tipo de desenraizamento econômico e social: vive de empregos informais, instáveis e sem benefícios trabalhistas; pode ter ainda seus laços familiares e de vida associativa enfraquecidos devido à sua condição econômica, entre outros fatores. A trajetória do desfiliado é marcada por uma série de rupturas em relação a estados de equilíbrio relativamente estáveis no passado. Assim, nem sempre o desfiliado foi um supranumerário, nem sempre esteve precariamente inserido no mundo do trabalho e na sociedade (Kowarick, 2002, p. 21 Castel, 1998, p. 530, Castel, 1997, p. 22).

Tanto a noção de subcidadania como a de desfiliação pressupõem a naturalização da condição social precária do cidadão, como se eliminar a pobreza fosse impossível. O subcidadão, porém, nunca teria usufruído a plena cidadania, nem veria a possibilidade de tal fato ocorrer, sendo, de certa forma, também um desfiliado social por estar precariamente inserido na sociedade (Souza, 2000, p. 267).

Note-se que para o Brasil a noção de desfiliação pode ser utilizada somente para as análises após 1980, pois nesse período houve maior precarização do mundo do trabalho com aumento da vulnerabilidade social e econômica, com perdas em relação à situação anterior, com percepção negativa da nova situação. Como exemplo, entre 1990 e 1999, a renda média da família da região metropolitana de São Paulo caiu cerca de 35%, de 1983 a 1993 a população favelada cresceu em torno de 440% em São Paulo, de 430 mil pessoas em 1983, para 1.902 mil pessoas em 1993, representando quase 20% do total da população. A noção de desfiliação não seria válida para as décadas de 1930 a 1970, pois, naquela época, houve real melhora na qualidade de vida da população e havia perspectiva otimista em relação ao futuro, ainda que sob significativa desigualdade social (Kowarick, 2002, pp. 18-19, 22).

Portanto, o processo de modernização da sociedade brasileira desenvolveu-se maneira seletiva, incluindo plenamente alguns e precariamente muitos outros. Marca constitutiva dessa cidadania seletiva seria a ausência de uma economia emocional uniforme na sociedade, em que os cidadãos tivessem a mesma organização afetiva, racional e valorativa, compartilhando o sentimento de igualdade e respeito perante o outro (Souza, 2000, p. 44, 56-57, Kowarick, 2002, p. 10).

A segunda fase da evolução da política social brasileira teve início em 1966 com a reforma previdenciária unificadora do seguro social por categoria (IAP), dando origem ao INPS (Instituto Nacional de Previdência Social). Com o INPS foi criado teto máximo e mínimo de pagamento de benefício e para contribuições, houve a padronização das aposentadorias dos trabalhadores brasileiros, com perdas para as categorias de IAP mais robusto.

O INPS além de padronizar, universalizou o atendimento aos trabalhadores do sistema formal e englobou os autônomos, domésticos e rurais (Draibe, 1989, p. 12). De sistema gerido por empregadores, empregados e Estado, a partir de 1966, o governo passou a ser o único controlador. Sem dúvida, a criação da nova instituição estatal representou grande avanço no âmbito das políticas sociais, pois pela primeira vez essa deixou de ser marcada pelo caráter meramente corporativista e liberal para ter traços, ainda que tênues, do modelo social-democrata.

O governo implantou programas de financiamento habitacional, o BNH (Banco Nacional da Habitação), criou programa de extensão do sistema de saneamento, de distribuição de material escolar, alimentos e remédios.

Universalizar, porém, não significou a diminuição das desigualdades sociais. Os motivos dessa não-redução são claros: a política econômica do governo pregava primeiro que se deveria “crescer bolo para depois dividir”, e assim, reduzir desequilíbrios, argumento sem qualquer base para concretização real, dessa forma, mais uma vez não se atacou pontualmente as desigualdades sociais tão presentes no país (Santos, 1979, p. 104).

Em segundo lugar, o governo militar centralizou as políticas sociais em Brasília, tanto no âmbito de sua criação como no de sua administração, ou seja, toda a liberação de verba e a compra de materiais (alimentos, material escolar, remédios) originavam-se na capital federal, abrindo ampla margem para o surgimento de uma estrutura de corrupção, desvio de verbas, favorecimentos a certas empresas etc., com sistema em si ineficiente para gerir recursos e conseguir atingir seu público-alvo, já que parte dos recursos se perdia pela teia burocrática. Além disso, alguns programas acabaram por financiar preferencialmente a classe média, como o BNH, assim, a classes mais necessitadas foram as menos beneficiadas, ao mesmo tempo em que o Estado diminuiu investimentos na educação e manteve o patamar na saúde (Santos, 1979, p. 104).

Portanto, o período militar, embora tenha conquistado avanços significativos no que se refere às políticas sociais não teve como alvo preferencial o combate à pobreza, com renda de US\$ 5,50/dia per capita e à extrema pobreza, com renda de até US\$ 1,90/dia per capita (IBGE, 2018). Simples reconhecimento da universalidade da cidadania não garantiu a diminuição da injustiça, nem ultrapassou a “cidadania regulada”. No entanto, de certa forma, contribuiu para a constituição de uma cidadania mais generalizada na esfera social ao iniciar processo universalizante na previdência social, ao passo que na área política e dos direitos civis houve imenso retrocesso (Santos, 1979, p. 83-84).

A terceira fase se inicia em 1988, com a promulgação a Constituição cidadã ante ao extenso leque de direitos sociais, civis e políticos assegurados. Houve a universalização do acesso e a expansão da cobertura previdenciária, com certo afrouxamento do vínculo contributivo como princípio estruturante do sistema e a redefinição de patamares mínimos dos valores de benefícios sociais, com comprometimento maior do Estado e da sociedade no financiamento de todo o sistema de bem-estar (Draibe, 1989, p. 29).

O sistema previdenciário brasileiro englobou, nessa fase, o plano Beveridge inglês de 1942, no que diz respeito à unificação e uniformização dos serviços médicos públicos. Pelo plano Beveridge todos os cidadãos teriam direito a benefício nacional mínimo para lhes assegurar o direito

de não passar necessidades básicas. O sistema nacional ainda assimilou o sistema corporativista alemão no tange à diferenciação dos benefícios pagos em função da renda auferida antes da aposentadoria, ao contrário do benefício padrão (*flat benefit*) do caso inglês (Relatório *Beveridge*), assemelhando-se ao modelo conservador. Tem, ainda, traços comuns ao programa americano pelo seu aspecto contratualista entre o segurado e o Estado, não sendo, portanto, direito inerente à cidadania, como na fórmula inglesa (Santos, 1979, p. 106; Rimlinger, 1971, p. 148-153).

Cumprir notar que embora o serviço médico público nacional seja utilizado por cerca de 75% da população, esta, em grande parte, utiliza esse serviço por não dispor de recursos para pagar planos privados, já que a capacidade de atendimento dos postos e dos hospitais públicos é pequena ante a alta demanda (ANS, 2019). Nesse ponto, o *welfare* brasileiro se aproxima mais do modelo liberal, pois a clientela do Estado está nas classes mais carentes.

Nota-se que o *welfare* nacional caminhou lentamente e com percalços rumo à desmercantilização até 2016, quando se tem início a quarta fase do processo de evolução das políticas sociais no Brasil, com o congelamento dos gastos públicos, investimentos sociais através de novo regime fiscal a imperar por vinte anos pela emenda constitucional 95/2016, com retrocesso nessa evolução com a interrupção da redistribuição de renda levada a cabo na última década (2003-2014), principalmente com a política de valorização do salário mínimo. Nessa quarta fase houve ainda reformas na área trabalhista em 2017 e previdenciária, iniciada em 2016 e atualmente em fase final de aprovação (2019), a prenunciar de forma clara que o modelo brasileiro caminha para a mera assistencialização da previdência e a focalização dos serviços apenas nos mais pobres, nos moldes do modelo liberal com pequena transferência de renda. A vitória do estado mínimo como política para pobres marca a derrota da política de universalização e da integração social que inspirou a evolução do estado social moderno (Kerstenetzky, 2017, p. 1-2; 30; Mariano, 2017, p.1).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desmercantilização seria extremamente necessária ante a desigualdade social existente no país. Se é difícil para a população pobre ter condições de comprar o alimento do dia nos padrões calóricos ideais, imagine-se então o quanto é virtualmente impraticável financiar seu seguro-social nos moldes liberais ou ter acesso a assistência médica privada.

Deve-se notar, porém, que pela tradição brasileira, direitos formalmente assegurados nem sempre correspondem a direitos efetivados, ainda mais quando se trata da parcela da população de baixo capital social e financeiro. Os cidadãos brasileiros separam-se por desigualdades em virtude de raça (há grande disparidade de renda entre brancos e população de cor), sexo, emprego e grau de escolaridade. As oportunidades individuais de renda e trabalho variam de acordo com a região, mas também segundo a predominância rural ou urbana, com o tipo de atividade desenvolvida (industrial ou agrícola).

O sistema de bem-estar tem como desafio maior a redução drástica do nível de desigualdade social entre os mais ricos e os mais pobres. Deve-se também identificar e atacar os casos graves, onde há a congregação de fatores que impedem a melhoria das condições de vida da população, como ser negro, ter baixa escolaridade, morar em favela, estar desempregado. Desse modo, as políticas sociais devem focalizar primordialmente os mais pobres para elevar seu padrão de vida na área da educação, saúde, moradia, emprego e renda e não apenas mantê-lo com modestos benefícios assistencialistas (Barros; Carvalho, 2003, p. 5).

O sistema social nacional foi ao longo de sua trajetória marcado pela ineficiência, má gestão de recursos, superposições de competências, de agências, de clientes-alvo e de objetivos, com grave desperdício ao limitado orçamento social. Os programas tendem a não beneficiar os mais carentes, há perda considerável de recursos antes de chegar ao público alvo, aliada a quase total ausência de mecanismos de controle e avaliação. Os programas são instáveis, descontínuos, de alcance limitado, muitos com cunho assistencialista. Os recursos provenientes da área fiscal para

programas sociais são bastante residuais, se apóiam mais nas contribuições previdenciárias, fundos sociais, contribuindo para o déficit previdenciário. Os fundos sociais geridos segundo a lógica de mercado, tem de ser rentáveis, assim, são aplicados menos em saneamento e mais em habitação para alta renda e sofrem considerável diminuição com a queda do emprego e da massa salarial (Draibe, 1989, p. 15-16).

Sabe-se que o Brasil não é um país pobre, tem um PIB considerável, mas continua sendo um país de muitos pobres. Assim, não há falta de recursos para erradicar a pobreza, é preciso dar mais eficácia às ações sociais (Barros; Henriques; Mendonça, 2000, p. 15, 21). É mister a redistribuição de renda, de preferência em espécie e não *in natura* (alimentos), pois dar renda é forma das menos custosas e das mais eficazes, de se realizar políticas sociais compensatórias de modo a combater, ao mesmo tempo, pobreza e desigualdade (Lavinias, 2000, p. 558-559).

O modelo de bem-estar nacional deve deixar de lado soluções meramente assistencialistas para ocupar-se de formas de seguro social. O conceito de seguro social está ligado à ideia de que há uma dívida social a ser paga pelo Estado, sendo direito de cidadania. Tem caráter redistributivo que pode ser mais ou menos acentuado de acordo com o modelo de *welfare* seguido pelo país. O seguro é, sem dúvida, o eixo mais importante da política de bem-estar.

Os programas assistencialistas têm limites claros: são mais frágeis do ponto de vista da legitimidade, ao não resolver o problema estrutural da desigualdade social, apenas reitera-o, criando até certa dependência nas pessoas que participam desses programas, pois não estabelece condições para que o cidadão saia definitivamente da linha de exclusão social.

Tal tarefa deve ser realizada de forma coordenada entre governo central e estados. Para isso, é imprescindível haver centralidade de informações sobre os programas sociais de modo a integrá-los para que o sistema seja realmente eficaz e não desperdice recursos. No entanto, não se deve deixar de estimular a descentralidade de soluções. Além disso, é importante haver mecanismos de avaliações externas periódicas de todos os programas sociais em que participe a esfera federal, estadual e

municipal, mesmo em caso de parcerias com organizações do terceiro setor (Barros; Carvalho, 2003, p. 5-11).

Nem a crise generalizada no setor do bem-estar social iniciada na década de 70, nem a inversão dos direitos de cidadania (sociais, civis, políticos), ou a mais recente crise político-econômica (2015-) podem servir de desculpa para a paralisia e a ineficácia de setor tão necessário em país com tantos pobres como o Brasil.

REFERÊNCIAS DAS FONTES

ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) (2019). **Dados Gerais**. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em 05 de set. 2019.

ARRETCHE, Martha T. S. (1995). Emergência e Desenvolvimento do Welfare State: Teorias Explicativas. **Boletim Informativo e Bibliográfico de Ciências Sociais (BIB)**, Rio de Janeiro, n. 39, pp. 3-40, 1º sem. 1995.

BARROS, Ricardo Paes de; CARVALHO, Mirela (2003). **Desafios para a política social brasileira**. Texto para discussão nº 985. Rio de Janeiro: IPEA, out. 2003.

BARROS, Ricardo Paes de; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane (2000). A estabilidade inaceitável: a desigualdade e a pobreza no Brasil. In: HENRIQUES, Ricardo (Org.). **Desigualdade e pobreza no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2000.

BENDIX, Reinhard (1996). **Construção nacional e cidadania: estudos de nossa ordem social em mudança**. São Paulo: Edusp, 1996.

BOBBIO, Norberto (1992). **A Era dos Direitos**. Editora Campus. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 1992.

CARDOSO, Fábio Luiz Lopes. **A Influência do Relatório Beveridge nas Origens do Welfare State Britânico (1942-1950)**. Monografia Graduação em Ciências Sociais. Unesp Araraquara, 2010.

CARVALHO, José Murilo de (2001). **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CASTEL, Robert (1997). As armadilhas da exclusão. In: BOGUS, Lucia; YASBEK, Maria Carmelita; BELFIORE-WANDERLEY, Mariângela (Orgs.) **As Metamorfoses da Questão Social**. São Paulo: Educ, 1997, p. 15-48.

CASTEL, Robert (1998). **As Metamorfoses da questão social**. Uma crônica do salário. Petrópolis: Vozes, 1998.

DAHL, Robert A (1997). **Participação e oposição**. São Paulo: Edusp, 1997.

- DRAIBE, Sônia Miriam (1989). As políticas sociais brasileiras: diagnósticos e perspectivas. In: **Para a década de 90 – Prioridades e perspectivas de políticas públicas**. Brasília:IPEA/IPLAN, 1989.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta (1990). **The Three Worlds of Welfare Capitalism**. Cambridge: Polity Press, Oxford:Blachwell Publishers, 1990.
- FERREIRA, Delson (2001). **Manual de Sociologia: dos Clássicos à Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2001
- IBGE (2018). **Síntese de Indicadores Sociais**. Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2018.
- KERSTENETZKY, Célia Lessa (2017). Foi um pássaro, foi um avião? Redistribuição no Brasil no século XXI. **Novos Estudos Cebrap**. São Paulo, V. 36, julho de 2017, pp. 15-34
- KOWARICK, Lucio (2002). “Viver em risco: sobre a vulnerabilidade do Brasil urbano. **Novos Estudos Cebrap**. São Paulo, nº 63, julho de 2002, pp. 9-30.
- LAVINAS, Lena (2000). Combinando compensatório e redistributivo: o desafio das políticas sociais no Brasil. In: HENRIQUES, Ricardo (Org.). **Desigualdade e pobreza no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2000.
- MARIANO, Cynara Monteiro (2017). Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, nº 1, vol. 4, jan.-abr 2017.
- MARSHALL, T. H. (1967). Cidadania e classe social. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro, Zahar, 1967.
- MARSHALL, T. H. (1965). **Política Social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.
- MESA-LAGO, Carmelo (1989). **Ascent to Bankruptcy: Financing Social Security in Latin America**. Pittsburg: University of Pittsburg Press, 1989.
- O’DONNELL, Guillermo (2000). “Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial” in MENDEZ, Juan E., O’DONNELL, Guillermo, PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Democracia Violência e Injustiça**. O Não-Estado de Direito na América Latina. São Paulo, Paz e Terra, 2000.
- RIMLINGER, Gaston V (1971). **Welfare Policy and Industrialization in Europe, America and Russia**. New York: John Wiley & Sons, Inc, 1971.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos (1979). **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, Campus, 1979.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos (1994). **Razões da desordem**. Capítulo III – Fronteiras do estado mínimo – indicações sobre o híbrido institucional brasileiro. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos (1988). Gênese e apocalipse. Elementos para uma teoria da crise institucional latino-americana. **Novos Estudos Cebrap**, nº 20, pp. 110-118, março de 1988.

SOUZA, Jessé (2000). **Modernização Seletiva**. Uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: UnB, 2000.

SWAAN, Abram de (1988). **In Care of the State: Health Care, Education and Welfare in Europe and the USA in Modern Era**. New York: Oxford University Press, 1988.

ACESSO À INFORMAÇÃO, DIREITO FUNDAMENTAL

João Carlos José Martinelli¹²⁵

SUMÁRIO: Introdução; 1. Exrtensão; 1.2 Objetivo da comunicação; 1.3 Direito fundamental; 1.4 Caracterização; 1.5 Acesso à informação; 2. Princípios fundamentais do direito à informação; 2.1 Dever de veracidade; 2.1.1 Situação no Brasil; 2.1.2 Os princípios de Chapultepec; 2.2 O pluralismo político; 2.3 Ausência de censura; 2.3.1 Um grave equívoco: transferir atribuições da justiça aos meios de informação; 2.3.2 Importantes reflexões sobre o relacionamento da imprensa com o Judiciário; 2.4 Pressupostos do direito à informação; 3. O direito à informação e os direitos da personalidade; 3.1 Direitos da personalidade; 3.2 Reparação dos danos dos direitos da personalidade; 3.3 Tutela dos direitos da personalidade; 4. Direito à própria imagem; Considerações finais; Referência das fontes.

INTRODUÇÃO

Por informação, segundo Altino Greco, deve-se entender: “*O conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e a do direito de ser informado*”¹²⁶.

Esse direito de informação ou de ser informado, revela-se originariamente como um direito individual decorrente da liberdade de manifestação e expressão. No entanto, em razão da caracterização mais moderna dos meios de comunicação social ou de massas, ganha notórios aspectos coletivos.

¹²⁵ Mestre em Direito Processual Civil pela PUCCAMP. Professor Titular de Direito Comercial e de Direitos Humanos na Faculdade de Direito UNIANCHIETA;

¹²⁶ GRECO, Albino. *La liberta di stampa nell'ordinamento giuridico italiano*. Roma: Bulzoni, 1974, p. 40 apud SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 218.

Assim, na atualidade, “a liberdade de informação, em senso lato, compreende, tanto a aquisição como a comunicação de conhecimentos”¹²⁷. Alcança, o que, na lição de Aluizio Ferreira, “é o direito de estar informado, independentemente do modo de obtenção da informação (direito à informação), bem assim o direito a ter e compartilhar a informação (direito à comunicação)”¹²⁸.

1. EXTENSÃO

Efetivamente vivemos na chamada “era da informação”, resultado direto da globalização e da instantaneidade da comunicação, o que implica numa relação íntima entre as duas concepções: informação e comunicação, contemporaneamente ligadas, a ponto de se condicionarem em determinados aspectos e de ampliarem a abrangência da primeira.

Nesta trilha, cite-se W. Weaver:

Comunicação inclui todos os procedimentos por meio dos quais uma mente pode afetar outra mente. Isto, obviamente, envolve não somente a linguagem escrita e oral, como também música, artes pictóricas, teatro, balé e, na verdade, todo comportamento humano¹²⁹.

A questão da informação se apega exclusivamente às formas de comunicação de massa ou social, excluindo evidente e exemplificadamente, serviços de telefone ou telefax, que embora incluídas no gênero das telecomunicações não se enquadram naquelas condições. Mas, ao se falar hoje em direito à informação devem ser considerados quase todos os meios de comunicação, adequando-os às nuances de sua especificidade, prevalecendo preceitos, no entanto, quase idênticos a todos, notadamente quando dirigidos a terceiros.

¹²⁷ DOTTI, René Ariel, *Vida Privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 157

¹²⁸ FERREIRA, Aluizio, *Direito à Informação, direito à comunicação*. São Paulo: Celso Bastos, 1997, p. 168

¹²⁹ RABAÇA, Carlos Alberto e BARBOSA, Gustavo. *Dicionário de comunicação*, 2ª. ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 151

1.1 OBJETIVO DA COMUNICAÇÃO

Doutrinariamente, as definições sobre comunicação são convergentes e evidenciam um enfoque comum: o objetivo do emissor (comunicador) de alterar ou influenciar a mente de outro indivíduo, por meio de vários processos (televisão, rádio, jornais, revistas, cinema, telefone, fax, telex, videotexto, internet e meios cibernéticos).

Tanto que assim dispõe C. Hovland: “*A comunicação é o processo por meio do qual o indivíduo (o comunicador) transmite estímulos (geralmente símbolos verbais) para modificar o comportamento de outros indivíduos (receptores)*”¹³⁰.

Aceita quase que unanimemente, tal concepção outorga alguns elementos básicos e atuantes nesses procedimentos:

- a) “*fonte: pode ser uma pessoa ou uma organização (emissora de rádio ou televisão, jornal, editora etc);*
- b) *mensagem: pode assumir a forma de tinta no papel, de ondas sonoras no ar, impulsos de uma corrente elétrica, de um gesto com as mãos ou qualquer outro sinal. Esses sinais, para serem transmitidos e terem seus significados adequadamente interpretados, precisam ser codificados (ordenados em algum sistema de sinais);*
- c) *destino: pode ser uma pessoa, um grupo de pessoas, um auditório, uma audiência de milhões de pessoas etc., no ato de captar uma mensagem”* ¹³¹.

Conclui-se pelos enunciados acima, ser a comunicação:

[...]um processo complexo e interligado, que pode se processar por inúmeros meios, unindo uma ou várias pessoas, seja como emissor seja como receptor, e que busca influenciar ou modificar o comportamento e/ou pensamento de outra pessoa ou grupo de pessoas. Mesmo nas mais singelas mensagens, há sempre o intuito de alterar, de alguma forma, o universo ou o comportamento do receptor¹³²”

¹³⁰ Idem, ibidem, p. 151

¹³¹ Idem, ibidem, p. 158-159

¹³² NUSDEO LOPES, Vera Maria de Oliveira, *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1998, p. 28

1.2 EVOLUÇÃO

A liberdade de expressão e opinião, que originou o direito à informação, foi consagrada pelos artigos 10 e 11 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, com a vitória da Revolução Francesa:

Nenhum homem pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei;

A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

No mesmo sentido, embora ainda não o reconhecendo como um direito autônomo, o artigo 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU¹³³ de 1948, expressamente agasalhava o direito à informação:

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem

¹³³ A Declaração Universal dos Direitos Humanos surgiu como uma resposta da humanidade à traumática experiência dos totalitarismos que macularam a primeira metade do século XX. Sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, ganhou força a idéia de que o respeito à dignidade humana deveria estar acima da simples soberania dos Estados. Assim, em 10 de dezembro de 1948, as nações integrantes da ONU - Organização das Nações Unidas subscreveram o documento, estando o Brasil entre os signatários. Na ocasião, concluiu-se que sem Justiça, não poderia haver paz e que ela, fatalmente, pressuporia a existência de direitos que deveriam ser assegurados a cada pessoa humana.

Compondo-se de trinta artigos que garantem a todos os indivíduos, independentemente de raça, credo e cor, os seus anseios fundamentais como ser humano livre, assegurando-lhes direitos civis e políticos (liberdade), direitos sociais, econômicos e culturais (igualdade) e direitos difusos ou coletivos (fraternidade ou solidariedade), através dela, a pessoa passou a ser o verdadeiro sujeito do direito internacional dos direitos humanos e, por conseguinte a sua proteção passou para além das fronteiras do país em que se vive.

Aprovado como resolução, é considerada um verdadeiro código de princípios de observância compulsória, tendo se transformado em princípio geral de direito internacional, cuja violação comporta condenação internacional, com aplicação de sanções pela comunidade internacional organizada na ONU, como eventuais embargos econômicos.

Reconhece-se assim que ela não se constitui num tratado, logo, não apresenta força de lei ou estrutura que compromissa os Estados signatários. No entanto, originou outros pactos que outorgaram força jurídica obrigatória e vinculante no âmbito do direito internacional, além de inaugurar o que se convencionou denominar Sistema Global de Proteção Internacional dos Direitos Humanos.

interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras..

O primeiro documento, no entanto, a tratar do assunto dentro de uma perspectiva pública e em nível mundial foi a encíclica *Pacem In Terris* do Papa João XXIII de 11 de abril de 1963:

“Todo ser humano tem o direito natural à liberdade para buscar a verdade e, dentro dos limites da ordem moral e do bem comum, para manifestar e defender suas idéias, para cultivar qualquer arte e, finalmente, para ter informação objetiva dos sucessos políticos” (item 12, § 5º).

A posição atual é bem definida. Como coloca Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes:

“Não se pode negar a influência dos novos meios de comunicação de massa – rádio e televisão – cuja penetração era inimaginável nas primeiras fases do Estado de Direito, na formulação mais recente do direito À informação como um direito bifronte: o direito a exprimir idéias e opiniões e o direito a receber informações; o direito do emissor e também o direito do receptor e, acima de tudo, um direito autônomo em relação ao direito de expressão ou de imprensa”¹³⁴ (os grifos são nossos).

É de se destacar que a partir da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), a liberdade de imprensa passa a abranger “todos os meios de divulgação de informação ao público, principalmente quando através dos modernos e poderosos veículos de difusão como o rádio e a televisão, cujo alcance sobre a grande massa é ilimitado”¹³⁵.

1. 3 DIREITO FUNDAMENTAL

De acordo com o professor Dalmo de Abreu Dallari¹³⁶:

¹³⁴ Idem, ibidem, p. 186

¹³⁵ Para um aprofundamento no tema, vale a leitura do livro “*Os Procedimentos penais na Lei de Imprensa*” de Carlos Roberto Barreto. São Paulo: Saraiva, 1990.

¹³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Revista “*Família Cristã*” – 12/1988 – pág. 23.

[...]direitos humanos” é “uma expressão sintética que significa os direitos fundamentais como: a vida, a liberdade, alimentação, habitação, saúde, vida em família etc. Cada uma dessas necessidades corresponde a um direito. Isso é o que contém. Na essência, a expressão “direitos humanos”.

Em suma, é o reconhecimento das necessidades fundamentais do indivíduo que devem ser protegidas como direitos inalienáveis, que não são recebidos da sociedade ou do governo, mas que são inerentes à própria condição humana.

Segundo concepção doutrinária moderna, os direitos humanos se dividem em três gerações¹³⁷.

A primeira, a geração dos direitos civis e políticos, correspondentes às liberdades individuais, tais como a liberdade de manifestação do pensamento, a de crença, a de religião, a de reunião, a de locomoção e a de associação. A segunda: dos direitos econômicos e sociais, que se distinguem das liberdades individuais e consistem em direitos trabalhistas de um lado e em direitos independentes de relação de emprego do outro – por exemplo, a saúde, a moradia, e educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social. A terceira está assentada nos princípios da solidariedade entre os povos e na autodeterminação destes e fundada na concepção da vida humana mediada pela comunidade universal. É a geração dos chamados direitos dos povos, que compreendem exigências coletivas e universais e correspondem aos direitos básicos dos povos, tais como o direito ao desenvolvimento, à paz e à participação no patrimônio comum da humanidade, composto pelos recursos naturais do planeta e pelo acervo de conhecimento científicos, artísticos e tecnológicos.

As três gerações de direitos – civis e políticos, econômicos e sociais, e dos povos – não se incompatibilizam entre si, são categorias que não se excluem e essa tríplice geração dos direitos humanos ganhou maior

¹³⁷ R. BARBOSA, Marco Antonio – revista “Família Cristã” - pág. 457- 11/1990

importância com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, na qual os conceitos de dignidade da pessoa e da autodeterminação dos grupos sociais foram evidenciados, tornando-se princípios básicos de um estado que se pretende democrático de direito¹³⁸.

Também é de se destacar que há autores que propugnam por mais uma categoria de direitos. Com efeito, invoquemos Etienne-Richard Mbya¹³⁹:

É preciso desde logo anunciar, com vigor, a necessidade de uma pesquisa em profundidade com vistas à promoção de uma nova geração – a quarta – que seria, no nosso entender, a dos direitos à democracia, às comunicações e aos pluralismos cujos beneficiários serão os indivíduos, as comunidades e os povos. Em caso de sua violação, sanções, conseqüentes e correspondentes deverão ser aplicadas para terminar, desse modo, o infeliz costume da impunidade.

Tal grupo, no entanto, ainda está se consolidando através das contribuições de juristas e estudiosos das Ciências Humanas em geral.

O direito à informação, por sua atual abrangência, se revela num direito subjetivo autônomo:

[...]possuindo dimensões enquadráveis tanto nos chamados direitos de primeira geração, como nos de segunda e de terceira, caracterizando-se, neste último caso, como um direito de toda a sociedade ser devidamente informada sobre os fatos, acontecimentos, opiniões e interpretações relevantes para o seu aprimoramento político, cultural e pessoal¹⁴⁰.

¹³⁸ Hoje se fala em “Direitos Humanos de Quarta Geração” que dizem respeito aos direitos advindos de questões relacionadas a bioética. Segundo orientação de Norberto Bobbio no seu livro “A Era dos Direitos” referido grupo de direitos decorre dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético. Segundo o mestre italiano: “...já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo” (p. 06).

¹³⁹ MBYA, Etienne-Richard, “Gênese, Evolução e Universalidade dos Direitos Humanos frente à Diversidade de Culturas” – Estudos Avançados (30)- 1997 – pág. 33

¹⁴⁰ NUSDEO LOPES, Vera Maria de Oliveira, “O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão”- São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1ª. ed., 1998, p.331

Com efeito, a solidariedade como integrante da Terceira Geração dos Direitos Humanos nos convida a uma séria reflexão sobre a importância de desenvolvermos uma convivência mais fraterna e solidária, notadamente numa época em que o desenfreado consumismo se sobrepõe a inúmeros princípios, tornando as pessoas mais frias e insensíveis. Como propósito moral que vincula o indivíduo à subsistência, aos interesses e às obrigações dum grupo social, dum país ou da própria humanidade, fazendo com que ele partilhe construtivamente da vida do seu semelhante, ela encerra dois aspectos, ou seja, participação e ajuda: uma virtude que se subordina à disposição afetiva em relação a quem nos avizinha. O futuro, coletivo e individual, depende de esforços pessoais que se somam e começam a mudar pequenas questões para, estruturado em muito trabalho e nunca boa dose de renúncia, alcançar gradualmente, e o quanto antes, a consolidação de uma convivência afável e justa. Nesse sentido, a informação, com seus requisitos e características próprias, exerce um papel de grande relevância.

1.4 CARACTERIZAÇÃO

O direito à informação atualmente é concebido como um direito subjetivo autônomo, que possuindo dimensões enquadráveis nas três gerações de direitos humanos, compatibiliza-se mais propriamente com a terceira geração, embasada na solidariedade. Originou-se da liberdade de pensamento e de expressão¹⁴¹, mas hoje o seu exercício se constitui, inclusive, num instrumento que limita a abrangência destas premissas constitucionais, notadamente diante de seus princípios básicos e pressupostos que ainda enseja o próprio acesso à informação.

1.5 ACESSO À INFORMAÇÃO

Atualmente a liberdade de imprensa se revela como a de informação por qualquer meio jornalístico, aí compreendida a comunicação e o acesso

¹⁴¹ Para uma visão mais abrangente do tema vale a leitura do livro *Direito à Liberdade de Imprensa* de Maria de Fátima Vaquero Ramalho, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

ao que se informa. Ou seja, preservando-se, de um lado, a perspectiva individual do direito à informação, que dá à liberdade de imprensa ainda uma dimensão de direitos de manifestação do pensamento assegurado ao indivíduo. Mas, de outro, garantindo-se um direito, que é verdadeiramente coletivo, de acesso à informação.

Com efeito, os Estados devem mostrar um maior compromisso em criar, quando não as tenham, *“leis que assegurem o acesso à informação como um direito humano, para ajudar a consolidar as democracias nas Américas”*. Essa é a recomendação mais importante do *Estudo Especial sobre o Direito de Acesso à Informação* – um documento de 53 páginas divulgado no último dia 27 de agosto de 2007 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA).¹⁴²

O texto solicita que os governos *“adotem as medidas legislativas e práticas necessárias”* para garantir esse direito e *“forneçam os recursos para implementá-las”*. Dividido em cinco grandes capítulos, o trabalho foi concebido para analisar o impacto de uma importante sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na qual se decidiu – em setembro de 2006 – que o governo do Chile estava obrigado a fornecer informações solicitadas por um grupo de cidadãos (caso “Cláudio Reyes y otros”). Foi a primeira vez que um órgão internacional estabeleceu que o direito à informação é um direito humano e faz parte do direito à liberdade de expressão:

“O acesso à informação constitui uma ferramenta essencial para combater a corrupção, transformar em realidade o princípio de transparência na gestão pública e melhorar a qualidade das nossas democracias”, destaca o documento. Essas democracias – prossegue -, são *“marcadas por uma cultura de secretismo” e por organismos públicos “cujas políticas e práticas de manejo físico da informação não estão orientadas para facilitar o acesso das pessoas a essas informações”*.

¹⁴² Matéria publicada pelo jornal “O Estado de São Paulo” (28.08.2007, p.A-14), assinada por Gabriel Manzano Filho.

Uma das providências a tomar, informa o estudo, é que “*para a existência de um regime de exceção próprio de uma sociedade democrática*”, a possibilidade de o Estado classificar e declarar confidencial uma informação “*deve estabelecer um limite temporal ou condicionado à desapareção de sua causa*”. As restrições “*têm de estar claramente estabelecidas por lei e seus fins devem ser legítimos*”, de acordo com a Convenção Americana. E, para que uma negativa seja legítima, os governos devem “*responder por escrito a quem houver feito o pedido e devem especificar os motivos e fundamentos legais*” para tal restrição.

Outro trecho do documento dispõe que “*o acesso à informação constitui ferramenta essencial para combater a corrupção, transformar em realidade o princípio da transparência na gestão pública e melhorar a qualidade de nossas democracias*”.

2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO À INFORMAÇÃO

São princípios fundamentais do direito à informação: o dever de veracidade, “entendido este como uma não distorção e/ou omissão intencional dos fatos ou idéias, opiniões e interpretações”¹⁴³; o pluralismo político em todos os campos e a ausência de censura, seja estatal, seja de caráter privado.

2.1 DEVER DE VERACIDADE

O direito à informação se revela num baluarte da democracia. A Constituição Federal, por isso, resguarda a liberdade de comunicação (art. 5º, inciso X), proibindo qualquer restrição à informação (art. 220, “caput”) e veda a edição de preceito legislativo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística (idem, parágrafo 1º). No entanto, torna-se inadmissível e irresponsável o alarde precipitado e sem uma fonte segura, hipótese para a qual já existem as sanções respectivas, cujos profissionais devem responder por seus erros e pelas conseqüências deles

¹⁴³ NUSDEO LOPES, Vera Maria de Oliveira, op. citada, p. 332

advindas, fazendo com que haja um equilíbrio natural entre a divulgação e o fato noticiado.

Sobre tal circunstância, o jurista Manuel Alceu Affonso Ferreira¹⁴⁴ assim se manifestou:

“É certo que o jornalismo deve empreender (e já o faz) um severo exame crítico a respeito do indispensável equilíbrio com suas denúncias, com a presunção constitucional da inocência e o intocável direito à audiência dos acusados. No entanto, daí a subtrair-lhe a prerrogativa de publicar, na extensão merecida, as mazelas dos gestores públicos, já se distancia do que o Estado de Direito bem fixou”. Além do mais, “toda pessoa tem direito à honesta informação sobre os acontecimentos coletivos” (João XXIII, Pacem n Terris).

O papel da informação seja qual for o seu meio, é a busca permanente da verdade sobre os fatos¹⁴⁵. Assim, ética e rigor na apuração das informações são duas posturas imprescindíveis no trabalho dos jornalistas, que têm grande responsabilidade social. DAVID LAWRENCE, ex-“publischer” do “Miami Herald”, durante aula inaugural do Décimo Primeiro Curso Intensivo de Jornalismo Aplicado do Grupo Estado, no dia 15 de setembro de 2000, no auditório do jornal “O Estado de São Paulo” afirmou que *“os jornalistas devem mais do que nunca manter-se fiéis aos princípios básicos do jornalismo, mas ao mesmo tempo ser originais e adaptar-se às tendências atuais”*. Ele ressaltou ainda que *“o jornalismo pode e deve ser uma vida de serviço público; uma forma de fazer o bem todos os dias”* e que *“os princípios básicos – levantamento dos fatos e imparcialidade, compaixão e perspectiva – ainda constituem a base para o jornalismo de qualidade”*.

Para destacar a importância da carreira jornalística, Lawrence utilizou as palavras do também jornalista Gene Miller, vencedor de dois Prêmios Pulitzer – o mais importante da área nos Estados Unidos: *“Um*

¹⁴⁴ FERREIRA, Manuel Alceu Affonso, in “O Estado de São Paulo” em 15.06.1994, p. A-2

¹⁴⁵ Referentemente a veracidade dos fatos, vale conhecer a obra *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira* de Luís Gustavo G. Castanho de Carvalho, Rio de Janeiro : Renovar, 1994.

único repórter, um único editor, uma única edição ou uma única série de reportagens pode fazer uma diferença crucial. Nada pode deter um repórter agressivo, talentoso, pensativo, criativo, correto e persistente”. Rendemos por isso nossas homenagens a todos os profissionais que se dedicam a longos períodos de trabalho e plantões com o intuito de apurarem, divulgarem e comentarem os fatos que se sucedem ininterruptamente, envolvidos permanente e exclusivamente com a verdade¹⁴⁶.

2.1.1 SITUAÇÃO NO BRASIL

A Constituição Federal, o Código Civil, o Código Penal, a Lei de Imprensa e muitos outros diplomas e mecanismos legais disciplinam e fiscalizam a atividade dos jornalistas, sujeitos até a pena de prisão. A Lei 5.252, em vigor desde o regime militar – fevereiro de 1967 -, conhecida como Lei de Imprensa, “regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação”. Ela define, como o Código Penal, três tipos de crime contra a honra: calúnia, injúria e difamação, todos apenados com detenção que varia de quatro a dezoito meses e multa.

A mesma lei mantém outro artigo que enquadra jornalistas por “propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe”, caso em que a pena vai de um a quatro anos de detenção¹⁴⁷.

2.1.2 OS PRINCÍPIOS DE CHAPULTEPEC

A autonomia de informação é o núcleo de qualquer sistema democrático, ressaltando-se que a responsabilidade - ética, cívica e penal - por qualquer expressão divulgada é o sustentáculo de tal premissa.

¹⁴⁶ Para uma melhor compreensão do alcance na atuação dos comunicadores, sugere-se a leitura de “Profissão Jornalista – Um Estudo dos Jornalistas como Trabalhadores” de G. Bohère, tradução de Dario Luis Borelli. São Paulo: LTr, Brasília: OIT, 1994.

¹⁴⁷ Sobre a questão da responsabilidade por eventuais ofensas proferidas por terceiros e divulgadas pelos órgãos de comunicação, indica-se a leitura do artigo *Da responsabilidade penal pelas ofensas veiculadas através da imprensa e atribuídas à pessoa entrevistada* de Adalberto José de Camargo Aranha (JTACrim, 61;10)

Transcrevemos aqui, a título ilustrativo, os princípios básicos da DECLARAÇÃO DE CHAPULTEPEC, outorgada em 14 de fevereiro de 1998 e que defende uma imprensa livre e rechaça quaisquer tipos de imposições, postulando, por isso mesmo, por uma imprensa responsável, compenetrada e convencida dos compromissos que sustentam o exercício da liberdade.

1. Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício desta não é uma concessão das autoridades; é um direito inalienável do povo; 2. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar estes direitos; 3. As autoridades devem estar legalmente obrigadas a por à disposição dos cidadãos, de forma oportuna e eqüitativa, a informação gerada pelo setor público. Nenhum jornalista poderá ser compelido a revelar suas fontes de informação; 4. O assassinato, o terrorismo, o seqüestro, a prisão injusta dos jornalistas, a destruição material dos meios de comunicação, qualquer tipo de violência e impunidade dos agressores, afetam seriamente a liberdade de expressão e de imprensa. Estes atos devem ser investigados com presteza e punidos severamente; 5. A censura prévia, as restrições à circulação dos meios ou a divulgação de suas mensagens, a imposição arbitrária de informação, a criação de obstáculos ao livre fluxo informativo e as limitações ao livre exercício e movimentação dos jornalistas, se opõem diretamente à liberdade de imprensa; 6. Os meios de comunicação e os jornalistas não devem ser objeto de discriminação ou favores em função do que escrevam ou digam. 7. As políticas tarifárias e cambiais, as licenças de importação de papel ou equipamento jornalístico, a concessão de frequências de rádio e televisão e a veiculação ou supressão da publicidade estatal, não devem ser utilizadas para premiar ou castigar os meios de comunicação ou os jornalistas. 8. A incorporação de jornalistas a associações profissionais ou sindicais e a filiação de meios de comunicação a câmaras empresariais devem ser estritamente voluntárias. 9. A credibilidade de imprensa está ligada ao compromisso com a verdade, à busca de precisão, imparcialidade e equidade, e a clara diferenciação entre as mensagens jornalísticas e as comerciais. A conquista destes fins e a observância destes valores éticos e profissionais não devem ser

impostos. São responsabilidades exclusivas dos jornalistas e dos meios de comunicação. Em uma sociedade livre, a opinião pública premia ou castiga; 10. Nenhum meio de comunicação ou jornalista deve ser sancionado por difundir a verdade, criticar ou fazer denúncias contra o poder público”.

2.2 O PLURALISMO POLÍTICO

O Estado Democrático de Direito é aquele cujo regime jurídico auto-limita o poder do Estado ao cumprimento das leis que a todos subordinam. Tal noção corresponde ao estágio civilizatório das democracias “em que o poder das leis está acima das leis do Poder”. O ideal do Estado de Direito tem como uma de suas peças a supremacia da Constituição. Desse modo, não é possível compreender o Estado de Direito sem compreender a Lei Maior.

Pode-se afirmar, em sentido mais amplo, que se revela no regime político que permite ao povo através das eleições uma efetiva participação no processo de formação da Administração Pública (governo). Assim, todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos.

Assim, o regime político-jurídico brasileiro consagrado na Constituição é o Estado Democrático de Direito cujos fundamentos são: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, que se traduz na existência de mais de um partido ou associação disputando o poder político.

A informação é imprescindível ao debate das teorias para reacender a cobrança da ética e esta, não contempla apenas resultados, mas princípios e sem ela, as instituições políticas não se completam, nem atingem seus objetivos constitucionais. Está fazendo grande sucesso na Espanha um livro traduzido para a língua hispânica e de autoria de um inglês, John B. Thompson, “O Escândalo Político”. A tese nuclear da obra é que com o fim das ideologias ganha vigência a noção de que o governante deve à sociedade uma reputação acima de qualquer suspeita. Pelo menos em dois pontos: competência profissional e integridade pessoal.

Votar, em nosso país, traduz-se numa decisão difícil, desafiadora, mas necessária, notadamente num momento que se gasta muito com sua “máquina” e pouco com sua população. Na verdade, o poder somente deveria servir para seu detentor sentir-se capaz de realizar os ideais que em alguns corações, ainda resistem. O resto acaba, com o tempo, sepultado no túmulo inevitável para onde vão as vaidades e orgulhos humanos. No instante em que as pessoas tiverem consciência dessa verdade, a política não será o rotineiro desfile de escândalos, de agressões fortuitas e casos de corrupção, os quais são freqüentemente denunciados pelos meios de comunicação, mas numa prática que busca exclusivamente os interesses coletivos.

Por outro lado, teremos desempenho eficiente dos eleitos, somente com a vigilância e a cobrança constantes, no sentido de uma atuação que responda efetivamente aos anseios públicos e tais circunstâncias se concretizam com a eficaz cobertura da imprensa. O que não pode ocorrer é o cidadão, entender que, praticado o voto, já fez a sua parte. Fez, mas não totalmente. É preciso acompanhar o trabalho dos que elegeu, já que o mandato não é deles, mas sim uma delegação de poderes em relação aos quais têm que prestar contas no exercício de suas atividades.¹⁴⁸

2.3 AUSÊNCIA DE CENSURA

Na realidade, a história das democracias e do Estado de Direito se escreve paralelamente à liberdade de informação, podendo-se afirmar categoricamente que a interrupção de uma é sempre precedida ou seguida pela queda da outra. A Carta Magna é cristalina ao consagrar, com vigor, tal princípio em diversas passagens. O art. 4.º estabelece que “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”. Por outro lado, o art. 14 assegura a todos “*o acesso à informação*” e resguarda “*o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional*”. No parágrafo primeiro do art. 220, o legislador determina, inequivocamente, que

¹⁴⁸ Para um aprofundamento no tema, vale a leitura dos livros *O Segredo e a informação – Ética e política no espaço público* de João Almino, São Paulo : Brasiliense, 1986 e *Ciência Política* de Paulo Bonavides, 10ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

“nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer vínculo de comunicação social”. Todo esse amparo da Carta Magna tem evidência lógica. A liberdade de expressão não significa liberdade do jornalista, mas sim do público e dos leitores que acreditam numa sociedade melhor e independente.

O direito à informação, embora autônomo, deve ser exercido com responsabilidade e a busca desta não implica em censura. Até a poucos anos, questionar a publicação de determinadas reportagens ou qualquer programa da mídia era ser tachado de censor, autoritário, moralista. Essa foi uma das heranças de mais de vinte anos de ditadura militar, no qual a mera menção a algum tipo de controle sobre os meios de comunicação era vista como um atentado à liberdade de expressão e à democracia.

Hoje as coisas mudaram. Cresce entre amplos setores da sociedade uma indignação muito grande quanto a determinadas matérias jornalísticas, programas, novelas, filmes e músicas, seja por reforçarem estereótipos, por desrespeitarem o ser humano ou pela erotização vulgar. Ao lado desse inconformismo, toma corpo a idéia de que as pessoas precisam se organizar para exigir maior qualidade na programação, algo muito comum nos países da Europa e nos Estados Unidos.

Tanto que CARLOS ALBERTO DI FRANCO¹⁴⁹, diretor do Máster em Jornalismo para Editores, professor de Ética Jornalística, e representante da Faculdade de Comunicação da Universidade de Navarra no Brasil, assim se manifestou: “A liberdade de expressão é um pré-requisito do sistema democrático. Mas a responsabilidade é a outra face da liberdade. Durante os anos dos governos militares, os produtores de TV reclamaram que sua criatividade era tolhida pela censura ditatorial. Quando a televisão recobrou o direito de se expressar com liberdade, de acordo com a nova Constituição, perdeu a compostura. Por isso, é importante que a opinião pública se manifeste. Caso contrário, a democracia não passará de uma carta de intenções”.

¹⁴⁹ DI FRANCO, Carlos Alberto – “O papel do telespectador” - artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, 14.02.200- pág. A-2

A irresponsabilidade de alguns comunicadores ou de determinados programas da mídia vem provocando inúmeras questões judiciais, notadamente processos indenizatórios por danos morais e materiais, em função de abusos e desrespeitos aos direitos de personalidade, inerentes a todos os cidadãos, principalmente quanto ao uso indevido ou à utilização irresponsável da imagem, o esbulho da privacidade e do direito à intimidade.

2.3.1 UM GRAVE EQUÍVOCO: TRANSFERIR ATRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA AOS MEIOS DE INFORMAÇÃO

Em muitas ocasiões, infelizmente, o brasileiro deposita em algumas reportagens de jornal e programas de TV sensacionalistas, a esperança que não se concretiza no Judiciário. Quando a mídia denuncia a violência do policial, a fraude contra o consumidor, a corrupção do governo, a ganância do empreiteiro e a mordomia do político, lava a alma do brasileiro. Preenche o sentimento de justiça que tem no coração. Vai ao encontro de um Brasil mais ético, porque mais justo. Realiza o que o Judiciário adia. A denúncia impressa ou televisada é a sentença que não foi dada, perdida no labirinto do processo. O comentário na TV ou no jornal é o acórdão, esquecido na gaveta do desembargador. Na falta da punição jurídica, o brasileiro se satisfaz com o enfoque jornalístico, muitas vezes colocado de forma espalhafatosa e inconseqüente. Como se percebe, em muitas ocasiões, divulgar, além de informar, passou a ser punir também.

No entanto, esse quadro é por demais equivocado e perigoso. Transcrevemos aqui, parte de texto publicado por Joaquim Falcão¹⁵⁰, professor da URFJ: “Mas, se por um lado, podemos estar contentes, por termos encontrado esta saída honrosa, por outro muito devemos nos preocupar. Ser o que não se é, é errado. Imprensa não é justiça. Esta relação é um remendo. Um desvio institucional. Jornal não é fórum. Repórter não é juiz. Nem editor é desembargador. E quando, por acaso,

¹⁵⁰ FALCÃO, Joaquim – artigo publicado no jornal “O Globo”, em 06.06.1993- pág. 06

acreditam ser, transformam a dignidade da informação na arrogância da autoridade que não tem”.

(...) Mas, diante da crônica ineficiência do Judiciário e sintonizados com a carência de justiça do leitor, alguns jornais, algumas vezes, procuram fazer justiça. Mas como não estão obrigados à imparcialidade e serenidade, próprias do julgamento judicial, o resultado é uma justiça pelas próprias mãos. Lavam as mãos diante do conteúdo da notícia, entregam-se de corpo e alma à forma: denúncia. O que não é bom nem para o cidadão, nem para o repórter, nem para o juiz. Bom mesmo seria se o Judiciário funcionasse a contento, e a imprensa, livre, fosse tão contundente quanto prudente ao veicular denúncias alheias” .

2.3.2. IMPORTANTES REFLEXÕES SOBRE O RELACIONAMENTO DA IMPRENSA COM O JUDICIÁRIO

SOBRE A QUESTÃO DA IMPRENSA E O JUDICIÁRIO, O MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA¹⁵¹ DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DIRETOR DA ESCOLA NACIONAL DE MAGISTRATURA, APRESENTOU, COM RARO BRILHANTISMO, ALGUMAS REFLEXÕES, AS QUAIS TRANSCREVEMOS ABAIXO:

- 1) O aprimoramento de democracia no país reclama uma maior aproximação entre ambos, veículo que é a imprensa da atuação e da postura dos diversos segmentos sociais, mostrando como atua o Judiciário, qual a sua competência, sua estrutura, seu alcance como poder, suas deficiências e abusos reais, até porque o conhecimento da atividade do Judiciário, com a maior transparência possível, é direito do cidadão.
- 2) No Estado Democrático de Direito, o Judiciário não é mero poder equidistante, mas efetivo participante dos destinos da nação.
- 3) Cada vez mais, e o próximo século se encaminha para essa demonstração, o Judiciário terá participação maior e mais efetiva, especialmente para conter os excessos do poder dominante e melhor resguardar os direitos da cidadania. Nessa moldura, igualmente

¹⁵¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, artigo publicado no jornal “Folha de São Paulo” – 03.08.96 - pág. 2 - cad. 3.

relevante será o papel a ser desenvolvido pela imprensa como instrumento eficaz de comunicação.

Dessas considerações, extrai-se a necessidade de ambos se aparelharem convenientemente, corrigirem suas atuais e múltiplas deficiências, aprimorarem seus mecanismos e buscarem diretrizes que melhor atendam aos anseios da sociedade, na qual tenham primazia temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria, da marginalização e da violência, valorização do trabalho, da livre iniciativa e do meio ambiente, enfim, uma sociedade livre, justa e solidária¹⁵².

2.4 PRESSUPOSTOS DO DIREITO À INFORMAÇÃO

De acordo com a comissão MacBride (UNESCO), os pressupostos do direito à informação são:

- a) direito a saber, isto é, a ser informado e a procurar livremente qualquer informação que deseje obter, principalmente quando se refere à vida, ao trabalho e às decisões que são necessárias adotar tanto individualmente quanto como membro da comunidade. A negativa de comunicar uma informação, ou a divulgação de uma informação falsa ou deformada, constituem uma infração desse direito;
- b) direito do indivíduo transmitir aos outros a verdade, tal como a concebe, sobre as suas condições de vida, as suas aspirações, as suas necessidades e as suas queixas. Infringe-se esse direito quando se reduz o indivíduo ao silêncio mediante a intimidação ou uma sanção, ou quando se nega a ele o acesso a um meio de comunicação;
- c) direito a discutir: a comunicação deve ser um garante à livre aceitação das ações coletivas e permite

¹⁵² Sobre a questão dos Poderes Constituídos e a os meios de comunicação, recomenda-se a leitura de *A imprensa e o poder constituído: as difíceis relações* de Ivaldo Sampaio in *Informação e poder – Ampla liberdade de informar x responsabilidade no exercício dessa liberdade* de José Paulo Cavalcanti Filho, Rio de Janeiro: Record, 1994

ao indivíduo influir nas decisões que tomam os responsáveis ¹⁵³.

3 O DIREITO À INFORMAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O direito de informação não pode colidir com os direitos da personalidade sob pena destes serem agredidos, razão pela qual devem ser tutelados na busca de se preservar a honra, a imagem e a privacidade de pessoas, que em algumas situações se chocam com o primeiro, embora ambos sejam constitucionalmente garantidos.

3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Como bem salienta Roberto Ruggiero¹⁵⁴, a personalidade não constitui um direito subjetivo, mas fonte e pressuposto de todos os direitos subjetivos. Por sua vez, Adriano de Cupis¹⁵⁵, afirma que a personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui as pré-condições deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto.

Assim, adverte Ruggiero que só há direitos quando existe sujeito, e que dentre os direitos, que são os mais variados e de espécies infinitas, há aqueles que constituem, a bem dizer, a causa primária de todos os outros direitos particulares, podendo ser chamados de atributos fundamentais da personalidade, timbrando que alguns destes direitos complexos são os que mais tipicamente caracterizam a personalidade humana.

No dizer de Pedro Frederico Caldas ¹⁵⁶, este direito de personalidade, como tal, se configura como inato, captado no sentido de direito que nasce com o indivíduo, não que tenha por objeto o próprio sujeito, o que importaria em ter a pessoa como sujeito e objeto ao mesmo tempo, pois o

¹⁵³ UNESCO- Um mundo e muitas vozes, apud PEREIR, Moacir. *A democratização da informação – O direito à informação na constituinte*. São Paulo:Global, 1987. p. 15-16

¹⁵⁴ RUGGIERO, Roberto de – “Instituições- Vol. I” - ed. 1971, S.P., Ed. Saraiva – pág. 305-6.

¹⁵⁵ CUPYS, Adriano de – “Estrutura dos Direitos de Personalidade”, in “Os direitos de personalidade”, Lisboa, Livra Morais, Ed. 1961, p. 15, citado por Pedro Frederico Caldas na sua obra “Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral” – Ed. Saraiva, S.P. - p.05 - ed. 1997.

¹⁵⁶ CALDAS, Pedro Frederico – op. citada- p. 06

objeto do direito de personalidade, como tal, não é a personalidade, eis que se revela como direito subjetivo a exercer os poderes que se contêm no conceito de personalidade.

O mesmo autor Pedro Frederico Caldas ¹⁵⁷, proclama que “há um direito básico e geral de personalidade, que fundamenta e abarca toda a generalidade dos direitos subjetivos, entendido tal direito como “jura in se ipsum”, que nasce com a pessoa, ou seja, eclode com a irradiação da entrada de suporte fático no mundo jurídico, traduzindo no fato jurídico do nascimento de ser humano com vida. O bem que lhe faz o objeto seria, na opinião sempre respeitável de Pontes de Miranda, “o bem mesmo de poder ser sujeito de direito”

E prossegue:

Esse direito do homem não se manifesta ou nasce somente no direito civil para um dia catapultar-se aos demais ramos do direito, eis que, ubiquamente, nasce em todos os outros, de forma concomitante, ao contrário do que acontece em relação às pessoas jurídicas, que só o alcançam porque a lei determina o seu surgimento.

Já os direitos de personalidade seriam todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas, caracterizando sempre, certas qualidades e atividades do sujeito”.

Nesse sentido, a preservação de tais atributos se mostra absolutamente necessária à ordem social, razão pela qual a informação deve ser utilizada de forma responsável, coerente e real, para que os mesmos não sejam esbulhados.

3.2 REPARAÇÃO DE DANOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

A partir da Constituição de 1988, passaram-se a defender concretamente os direitos do espírito humano e os valores que compõem a personalidade. Tais aspectos se constituem em marcos importantes no

¹⁵⁷ CALDAS, Pedro Frederico, op. citada, p. 45

processo evolutivo de nossa sociedade, por reafirmar a existência de um patrimônio moral e a conseqüente necessidade de abrigá-lo de uma infinita variedade de fenômenos sócias que podem esbulhá-lo.

A finalidade do ressarcimento por danos morais se assenta em fatores de compensação, não de recomposição. “o dinheiro não poderá recompor a integridade física, psíquica ou moral lesada. Representa apenas uma compensação, uma consolação, capaz de neutralizar de alguma forma o sofrimento”, afirmou o Desembargador Walter Moraes, do Tribunal de Justiça (tj) de São Paulo, ao jornal Folha de São Paulo. “ao mesmo tempo, é uma punição para aquele que causou o dano, e deve ser uma quantia que reprima, nele, qualquer iniciativa semelhante”.¹⁵⁸

As dificuldades na fixação da indenização nessas situações advindas da subjetividade dos parâmetros e da inexistência de critérios legais vêm sendo contornadas por indicações jurisprudenciais e pela confiança depositada nos juízes, que, no mister de restabelecerem o equilíbrio social, arbitram valores respaldados no bom senso e na equidade. O importante é consagrar e aprimorar as reivindicações no campo moral.

Citemos Clauton Reis¹⁵⁹:

Não se trata, porém, de mera aplicação da lei ou do reconhecimento de um dano que deva ser objeto de mera reparação. O alcance social que se pretende através da reparabilidade dos danos morais extrapola o mero sentido de aplicação da lei. Somente a sociedade de futuro terá condições de aferir a importância da defesa do patrimônio moral do indivíduo ou da própria sociedade.

Assistimos, hoje, à educação progressiva da consciência jurídica contemporânea, motivada pela obra de juristas, legisladores e magistrados, na construção do homem espiritual do futuro, tão abalado atualmente por comportamentos nocivos e imorais que afetam os padrões de moralidade conquistados no transcurso de milênios pela nossa civilização.

Além dos danos morais, as violações aos direitos da personalidade também podem acarretar danos materiais, passíveis de reparação,

¹⁵⁸ MORAES, Walter, artigo publicado no jornal “Folha de São Paulo”, apud MARTINELLI, João Carlos José Martinelli, “O Sentimento de Justiça”, Ed. Literarte, 2000, pág. 115.

¹⁵⁹ REIS, Clauton - “Do Dano Moral” - Ed. Forense, pág. 90.

residindo aí, a diferença entre ambos. Invoquemos novamente Clayton Reis¹⁶⁰ :

“Enquanto no caso dos danos materiais a reparação tem como finalidade repor as coisas lesionadas ao seu “status quo ante” ou possibilitar à vítima aquisição de outro bem semelhante ao destruído, o mesmo não ocorre, no entanto, com relação ao dano eminentemente moral. Neste é impossível repor as coisas ao seu estado anterior. A reparação, em tais casos, reside no que possibilite ao lesado uma satisfação compensatória da sua dor íntima.

Dessa forma, enquanto uma repõe o patrimônio lesado, a outra compensa os dissabores sofridos pela vítima, em virtude da ação ilícita do lesionador”.

]

A sanção dos direitos da personalidade deve ser feita por um lado através de medidas cautelares que determinem a imediata suspensão dos atos que desrespeitem os direitos de personalidade. Em seguida, duas situações poderão ser vislumbradas: o ressarcimento de danos, na hipótese de divulgação ou não de determinada ofensa, com evidente aumento da reparação no primeiro caso¹⁶¹.

O cantor e compositor Caetano Veloso, segundo notícias divulgadas pelos jornais em geral, entrou com uma ação contra a Editora Bloch, por danos morais, pleiteando indenização no valor de um milhão de dólares. Em agosto de 1990, a revista “Amiga” divulgou chamada de capa, nos seguintes termos: - “*Aids de Ney Matogrosso, Caetano Veloso e Milton Nascimento*”. Por outro lado, o texto da reportagem, no interior da publicação desmentiu o fato.

Os advogados do artista, Paulo César Carneiro e Ricardo Araújo, já vitoriosos em primeira instância com medida semelhante impetrada por Ney Matogrosso, afirmam que a doença é um fato íntimo que só diz respeito à pessoa. No caso em tela ainda, a agravante foi a veiculação de informação mentirosa, situação expressamente reconhecida pelo próprio órgão de imprensa, na mesma edição em que inseriu o sensacionalista chamariz. O processo se baseia no inciso X do artigo 5º da Constituição

¹⁶⁰ REIS, Clauton – op. citada- pág. 03.

¹⁶¹ Sobre a incidência de Danos Morais, vale a leitura do livro “*Dano Moral*” de Yssef Said Cahali, 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Federal e revela uma constante busca de uma tutela jurídica ao direito de cada indivíduo de dispor de sua imagem, pois é através dela que se dá, fundamentalmente, a comunicação e a transmissão de informação nos dias de hoje¹⁶².

3.3 TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Em nosso direito, o Código de Processo Civil - fonte legal da tutela preventiva genérica e inominada no regime brasileiro - expressamente contempla a possibilidade de proteção “initio litis”, ou seja, verificando-se relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. Conclui-se, assim, com insofismável segurança pela possibilidade de antecipação de tutela, interna à ação inibitória.

Ora, em se tratando de direitos da personalidade (tais como o direito à vida privada, à honra e à imagem), forçoso é convir que esta prova é inerente à própria existência humana. Estes direitos nascem com a pessoa humana e lhe são intrínsecos. Assim, todos quantos existam possuem tais direitos, independentemente de qualquer comprovação, já que a fonte donde emana a proteção está na expressa previsão encartada no art. 5.º, X, da Constituição Federal¹⁶³. Desta feita, a sua mera afirmação já constitui elemento suficiente para indicar a presença do “fumus boni iuris”.¹⁶⁴

Não se pode, porém, olvidar que haverá casos em que esta tutela preventiva restará frustrada, quer pelo inadequado manejo, por parte dos operadores do Direito, quer por ineficiência do Judiciário, quer por inúmeras outras razões.

¹⁶² Um caso que se tornou célebre pelo destaque da mídia foi a da Escola de Base, que após a tramitação do processo, seus diretores, anteriormente acusados de molestarem sexualmente alguns alunos, foram absolvidos e promoveram ação indenizatória contra o Estado e alguns órgão de comunicação. Nessa trilha, vale a leitura da obra “*Caso Escola de Base: os abusos da imprensa*” de Alex Ribeiro, 2ª. ed. São Paulo:Ática, 2000

¹⁶³ “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

¹⁶⁴ “Fumaça do bom direito”

Para estes casos, não se pode deixar de aludir a outras formas de tutela postas pelo Direito à disposição do indivíduo, para a proteção do direito à vida privada (bem assim do direito à honra, à imagem e à intimidade). Apenas “en passant”, ao lado da tutela preventiva, colocam-se como meios alternativos (em caso de lesão já efetivada) a indenização do dano não-patrimonial e tutelas reintegratórias na forma específica, possíveis em lesão a tais direitos.

Em síntese, apoiados no jurista Sérgio Cruz Arenhart, o importante é ter em mente que os caminhos para a tutela dos direitos da personalidade existem e se encontram à disposição do indivíduo. Torná-los efetivos, assim, é missão do jurista (e não da regra, ou do legislador), que deve estar consciente de sua função na sociedade, buscando na norma a interpretação que mais condiz com a carência do ente social. Não basta apenas reconhecer a necessidade de tutela adequada a esta categoria tão fundamental de direitos; é preciso buscar tais instrumentos, ainda que, para tanto, seja necessário romper com alguns dogmas já empoeirados no Direito tradicional.

A efetividade do processo é passo importante para a realização da efetividade do Direito. E a efetividade deste conduz à concretização da justiça, objetivo dos mais importantes almejados pela sociedade e pelo Estado, sendo esta a missão do advogado, do juiz, do jurista, enfim, dos operadores do Direito em geral¹⁶⁵.

4 DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM

“A Constituição Federal de 1988 elevou à categoria de direito fundamental o "direito à própria imagem" (art. 5º, inciso X). Trata-se de uma novidade constitucional absoluta que assegurou especial tutela jurídica através da qual se protege o direito de cada indivíduo de dispor de sua imagem”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Para um aprofundamento do tema, vale a leitura do livro “*Direito à intimidade e à vida privada*” de José Adércio Leite Sampaio, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

¹⁶⁶ MARTINELLI, João Carlos José, “O Sentimento de Justiça” – Ed. Literarte – ed. 2000- pág. 94

O dispositivo em foco é de grande relevância. Em razão do avanço tecnológico e pela dimensão alcançada pelos meios de comunicação de massa, a imagem alcançou elevada importância e inegável valorização econômica. É através dela, inclusive, que se dá fundamentalmente a comunicação e a transmissão de informações.

Embora a sua proteção se associe aos chamados direitos intelectuais, como o direito do autor, na realidade, a multiplicidade de usos que se faz da imagem pessoal, que não pode ser entendida como uma criação do espírito, eleva-o a um maior campo de abrangência.

Com efeito, de forma crescente, questões e litígios envolvendo direitos de imagem estão sendo levados aos tribunais e demandando soluções. Foi o caso de Samuel da Silva Pereira, que teve sua imagem levada ao ar no quadro *Topa Tudo Por Dinheiro*, do programa dominical de Sílvio Santos, sem que sequer tivesse conhecimento de sua gravação. Por não ter gostado da brincadeira não autorizada, ele entrou na Justiça contra o Sistema Brasileiro de Televisão (SBT) e a juíza Tereza Martins Savine, da 41ª Vara Cível do Rio de Janeiro, determinou que a emissora o indenize em duzentos salários-mínimos, mais o valor correspondente ao pagamento do tempo em que o episódio esteve no ar, tomando-se como base de cálculo a tabela de custo para veiculação de publicidade, acrescido ainda do cachê para os atores que participaram da gravação.

De acordo com a jornalista Elba Boechat ¹⁶⁷, em meados de abril de 1991, ao caminhar por uma praça em Ipanema, Samuel foi abordado por uma desconhecida de aproximadamente trinta anos e com várias lesões no rosto. Ela queria saber onde havia um hospital nas redondezas para ser medicada. Antes que Samuel tivesse tempo de falar qualquer coisa, um homem de físico avantajado e com roupas de halterofilista aproximou-se do casal. A mulher, mostrando-se bastante nervosa, avisou que era seu marido e havia sido ele o autor das agressões físicas por ser muito violento.

Em tom ameaçador, o "marido" perguntou o que estava havendo e, em seguida, acusou Samuel de ser amante de sua mulher. Irado, o falso marido

¹⁶⁷ BOECHAT, Elba - reportagem publicada no jornal "O Globo" – 01.08.1993- pág.15

disse que agrediria Samuel da mesma maneira que fizera com a mulher. Diante da situação constrangedora e frente à ameaça, Samuel fugiu correndo do local. Para a sua surpresa, cinco meses depois, viu que o episódio, que até já havia esquecido, não passara de uma simulação, pois estava sendo exibido no “Topa Tupo Por Dinheiro”. Nesse quadro, uma câmera escondida filma cenas na via pública, com atores profissionais, mas envolvendo pessoas comuns e que acabam sendo muitas vezes ridicularizadas.

O direito à própria imagem deve ser exercido com maior extensão, como no caso apontado, impedindo-se as inúmeras violações que costumeiramente ofendem a intimidade, a honra e a identidade, colocando em risco a integridade pessoal dos cidadãos. A proteção da imagem passou, assim, a merecer atenção especial dos juristas, mesmo porque bem tão valioso não poderia ficar ao desabrigo.

Transcrevemos, abaixo, texto de N.P. Teixeira dos Santos, que abre o livro *Direito à Própria Imagem*¹⁶⁸, de Alvaro Antonio do Cabo e Notaroberto Barbosa (Ed. Saraiva):

Falar-se em proteção da imagem numa era que justamente é caracterizada por ela, pelo seu impacto, pela força, pela sua presença dominante, pode parecer contraditório. Mas justamente uma coisa é consequência da outra, pois, logo depois que a técnica ofereceu ao homem possibilidade de fixar manifestações alheias e reproduzi-las, ele verificou que, se não se defendesse, se o mundo jurídico não lhe oferecesse armas suficientes, a sua integridade pessoal estaria em risco.

Nessa trilha, os seguintes julgados:

RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL -
PROGRAMA DE TELEVISÃO - IMAGEM -
ENCENAÇÃO MONTADA - SIMULAÇÃO DE
FLAGRANTE - DIVULGAÇÃO DESAUTORIZADA -
VIOLAÇÃO DE DIREITO À INTIMIDADE -
INTROMISSÃO INDISCRETA E DESCORTÊS NA
VIDA PRIVADA - DANO MORAL - QUALIFICAÇÃO
- É inquestionável direito da pessoa, posto que

¹⁶⁸ CABO, Álvaro Antonio do e BARBOSA, Notaroberto,- “Direito à Própria Imagem”- Ed. Saraiva – 1991- pág. 02

respeitante à personalidade, em não ter divulgada a sua imagem, tenha ou não a divulgação fins lucrativos. Caso em que a autora, em logradouro público, se viu enredada em cena de cunho constrangedor e que, posto solicitada, desautorizou fosse reproduzida em programa de televisão, o que, no entanto, não impediu a emissora de fazê-lo, o que, segundo alega, causou-lhe situações embaraçosas e conseqüências negativas para o meio social em que vive. Sentença cuidadosamente elaborada, versada em brilhante linguagem, e que apenas em pequena parte se modifica para elevar o valor do dano moral, dando-se, com isso, provimento ao primeiro apelo, negando-se provimento ao segundo e não se tomando conhecimento do terceiro. Obs.: Interpostos embargos de declaração providos parcialmente. (TJRJ - AC 987/2000 - 10ª C. Cív. - Rel. Des. Jayro S. Ferreira - Unânime - DORJ 03.08.2000)¹⁶⁹.

RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO À IMAGEM - VEICULAÇÃO INDEVIDA EM REDE DE TELEVISÃO. - ARTIGO 5º, X, CF - Embora revestida de todas as características comuns aos direitos da personalidade, a imagem é peculiar frente às demais pelos aspectos da disponibilidade. A imagem de uma pessoa só pode ser usada em campanha publicitária de produtos, serviços, entidades, mediante autorização do seu titular e quando autorizada, no limite consentido. Sentença confirmada. (TJRS - AC 598 532 414 - 5ª C. Civ. - Rel. Des. Clarindo Favretto - J. 23.09.1999)¹⁷⁰.

INDENIZAÇÃO - Danos morais e ofensa à imagem - Artista que ao ser entrevistado solicita que não exponham na matéria seus defeitos físicos - Pedido não atendido pela revista - Verba devida - Inteligência do art. 5º, V da CF.

Ementa Oficial: Artista que, sem as duas pernas, é entrevistado, tendo solicitado à reportagem que não expusesse seu defeito físico, não sendo atendido, faz jus a indenização por danos morais e por ofensa à imagem. (Ap. 5.216/91 - 5ª C. - j. 24-3-92 - rel. Des. Sérgio Mariano.)¹⁷¹.

5.-CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁶⁹ in Revista Jurídica, 274/128.

¹⁷⁰ in Revista Jurídica, 270/125.

¹⁷¹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio, e CALDEIRA, Mirella D'Angelo Caldeira, *O dano moral e sua interpretação jurisprudência*, São Paulo : Saraiva - 1999 - pág. 791

- EQUILÍBRIO ENTRE OS DIREITOS

Com acerto o prof. Dalmo Dallari¹⁷² afirmou:

“O povo necessita da liberdade de imprensa, mas tem igual necessidade de outros direitos fundamentais, devendo-se procurar sempre a conciliação e a harmonização dos direitos. Num desrespeito à honra, à intimidade e à privacidade, bem com sociedade democrática, ninguém deverá ser o único árbitro dos limites e das conveniências quanto ao respeito aos direitos, pois tal privilégio seria uma concessão totalitária, semelhante à do monarca absolutista, que só se submetia ao julgamento de sua própria consciência”.

Não há como deixar de reconhecer que, sob muitos aspectos, a atividade dos veículos de comunicação e dos profissionais da informação tem se tornado mais complexa e tecnologicamente mais sofisticada do que poderia se imaginar no passado. Se antes, em regiões como as do nosso continente latino-americano, a defesa da liberdade irrestrita de imprensa se impunha, como anteparo contra os cerceamentos de governos autoritários e de ditaduras, ou como instrumento de combate aos seus abusos, hoje em dia - especialmente nas democracias do Primeiro Mundo, mas também nas emergentes como a nossa - o direito à liberdade de expressão tem que ser condicionado por um outro direito, inerente à cidadania, que é o direito à privacidade. E nossa Constituição acolhe a ambos, pois afirma que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (artigo 5.º, IX), para logo em seguida afirmar (artigo 5.º, X) que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoa...” - sem esclarecer como conciliar a vigência dos dois direitos nos casos em que forem conflitantes¹⁷³.

Esse aparente conflito entre dois direitos de cidadania - e a indefinição sobre qual deles teria primazia - autorizaria alguém a firmar que é livre a atividade de comunicação, inclusive para violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas? O simples bom senso diz

¹⁷² Artigo publicado na Revista “*Família Cristã*” – 12/1988 – p. 23.

¹⁷³ Para um aprofundamento no tema, vale a leitura do livro “*A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*” de Vidal Serrano, São Paulo: FTD, 1997.

que não, embora haja uma interminável discussão filosófica, ética e jurídica sobre o tema, até nas mais perfeitas democracias contemporâneas.

“De qualquer forma, seja por meio de uma reformulada legislação civil e penal, seja por uma nova Lei de Imprensa, é preciso que se normalizem as relações dos veículos de comunicação com a sociedade, e também desta com os profissionais da informação, com o objetivo precípua de conciliar a maior liberdade possível com o mais elevado senso de responsabilidade”¹⁷⁴.

REFERÊNCIAS DAS FONTES

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000

BARBOSA, Gustavo e RABAÇA, Carlos Alberto. *Dicionário de comunicação*, 2ª. ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 151

BOECHAT, Elba. reportagem publicada no jornal “O Globo” em 01.08.1993.

Caldas, Pedro Frederico, “*Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral*”, São Paulo: Saraiva, 1997.

CUPYS, Adriano de, “*Estrutura dos Direitos de Personalidade*”, in “*Os direitos de personalidade*”, Lisboa, Livra Moraes, Ed. 1961, p. 15, citado por Pedro Frederico Caldas na sua obra “*Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral*” – Ed. Saraiva, S.P. - p.05 - ed. 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Artigo publicado na Revista “Família Cristã”* – 12/1988 – p. 23.

DOTTI, René Ariel, *Vida Privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 157

FALCÃO, Joaquim, artigo publicado no jornal “O Globo”, em 06.06.1993, p. 06

FERREIRA, Aluizio, *Direito à Informação, direito à comunicação*. São Paulo: Celso Bastos, 1997, p.168

FERREIRA, Manuel Alceu Affonso, *artigo publicado pelo jornal “O Estado de São Paulo”* em 15.06.1994, p. A-2

¹⁷⁴ Editorial de “O Estado de São Paulo”, “in fine”, pág. A-2- 26.11.2000

FRANCO, Carlos Alberto, “*O papel do telespectador*” artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, 14.02.200- p. A-2

GRECO. Albino. *La liberta di stampa nell'ordinamento giuridico italiano*. Roma: Bulzoni, 1974, p. 40 *apud* SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 218

MANZANO FILHO, Gabriel, matéria publicada pelo jornal “O Estado de São Paulo” (28.08.2007, p.A-14)

MARTINELLI, João Carlos José. *O Sentimento de Justiça*. São Paulo: Literarte. 2000.

MBYA, Etienne-Richard, “Gênese, Evolução e Universalidade dos Direitos Humanos frente à Diversidade de Culturas” – Estudos Avançados (30)- 1997 – pág. 33

NUSDEO LOPES, Vera Maria de Oliveira, *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1998, p. 28

PEREIRA Moacir. *A democratização da informação – O direito à informação na constituinte*. São Paulo:Global, 1987. p. 15-16

R. BARBOSA, Marco Antonio – *artigo publicado na revista “Família Cristã”* - p. 457-11/1990

RABAÇA, Carlos Alberto e BARBOSA, Gustavo. *Dicionário de comunicação*, 2ª. ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 151

REIS, Clauton. *Do Dano Moral*. Rio de Janeiro:Forense - 1998.

RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. *O dano moral e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva. 1999.

RUGGIERO, Roberto de, “Instituições- Vol. I” - ed. 1971, S.P., Ed. Saraiva – pág. 305-6.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, artigo publicado no jornal “Folha de São Paulo”, 03.08.96, p. 2 - cad. 3.

UNESCO - Um mundo e muitas vozes, *apud* PEREIR, Moacir. *A democratização da informação – O direito à informação na constituinte*. São Paulo:Global, 1987. p. 15-16

LEITURAS COMPLEMENTARES

BARRETO, Carlos Roberto. *Os Procedimentos Penais na Lei de Imprensa*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 9ª. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOHÈRE, G. *Profissão: Jornalista – Um Estudo dos Jornalistas como Trabalhadores*, Trad. De Dario Luis Borelli. São Paulo: LTr ; Brasília: OIT, 1994

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, 10^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José de. *Da responsabilidade penal pelas ofensas veiculadas através da imprensa e atribuídas à pessoa entrevistada*, JTACrim, 61:10

CAHALI, Yussef Said, *Dano moral*, 2^a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

CARVALHO, Luís Gustavo G. Castanho de, *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

COSTELLA, Antonio, *Comunicação – Do grito ao satélite*, 3^a. ed., São Paulo: Mantiqueira, 1984.

LEYSER, Maria de Fátima Vaquero Ramalho, *Direito à liberdade de imprensa*. São Paulo: Juarez de Olivera, 1999.

FISCHER, Desmond. *O direito de comunicar – Expressão, informação e liberdade*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

MIRANDA, Darcy de Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*, 3^a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. *A Radiodifusão no direito brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

RIBEIRO, Alex. *Caso Escola de Base: os abusos da imprensa*. 2^a. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SAMPAIO, Ivaldo, *A imprensa e o poder constituído: as difíceis relações*. In José Paulo CAVALCANTI FILHO (org.), *Infomação e poder – Ampla liberdade de informar x responsabilidade no exercício dessa liberdade*. Rio de Janeiro : Record, 1994.

SAMPAIO, José Adércio Leite, *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SERRANO, Vidal. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.