

## A PRIVILEGIANTE CONSTRUÇÃO DA LEGALIDADE NO BRASIL

Gastão Rúbio de Sá Weyne<sup>1</sup>

### RESUMO

No presente trabalho são mostradas as condições em que se desenvolveu a construção da legalidade no Brasil, desde as Ordenações do Reino, passando pelas Constituições do Império, até os dias atuais. Constatou-se que o Brasil tem sido caracterizado como um país de contrastes e de profundas injustiças sociais. Os privilégios no país, mantidos pelo poder econômico, ainda subsistem com elevada intensidade, dificultando a redução das desigualdades materiais e gerando marcantes dificuldades para uma inserção eficaz de princípios igualitários no ordenamento jurídico.

**Palavras-chave:** Legalidade. Desigualdades. Poder econômico. Privilégios. Contrastes sociais.

### ABSTRACT

The present paper deals with the historical, economical and sociological bases that explicate the historical privileges in the juridical rules of Brazil, making use of qualitative and realist methodology. It is, basically, a case study about the singular Brazilian juridical field characterized by great privileges which started with the Portuguese laws in 1603.

**Keywords:** Legality. Inequality. Economical Power. Privileges. Social contrasts.

### INTRODUÇÃO

É sabido que o direito brasileiro seguiu o rumo do direito português, principalmente porque aos lusitanos, aqui chegados como senhores e colonizadores, interessava manter a

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito (Faculdade de Direito da USP); Livre-Docente (Escola Politécnica da USP); Pós-Doutorado (University College London); Professor Titular da PUC/SP e da Faculdade de Medicina do ABC.

sua cultura, seus princípios de direito, seus costumes, além de sua legislação (ROMERO, 1895)<sup>2</sup>. Desta forma, o direito brasileiro confundiu-se, desde os seus primórdios, com o direito português. As Ordenações Filipinas<sup>3</sup> (Ordenações do Reino), criadas em 1603, representaram o instrumento legal que maior influência teve desde os primórdios da civilização brasileira.

A construção da legalidade no Brasil, desde os primórdios do direito no país, foi sempre caracterizada por uma sucessão vergonhosa de privilégios que dificultam, até hoje, uma distribuição de renda mais igualitária que possa contribuir para um desenvolvimento harmônico e sustentado. A legalidade, aqui considerada, implica a existência de um conjunto escalonado de leis, estruturado em função de um conceito de poder público. Este poder diferencia os campos de ação dos setores público e privado, bem como a conformidade de todos os atos praticados pelos governados e, também, pelos governantes.

Nas Ordenações Filipinas, cuja aplicação no Brasil estendeu-se até fins de 1916, ou seja, por mais de 300 anos, alguns privilégios eram declarados e consagrados, particularmente o privilégio honorífico, pelos quais as leis para os nobres, na sua aplicação, eram diferentes das leis para os peões<sup>4</sup>. Os privilegiados consideravam-se como pertencentes a uma classe a parte, uma nação dentro de uma nação. Este sentimento ocorreu, durante longo período, entre os portugueses. Estes, como colonizadores, influenciaram fortemente os sentimentos das classes privilegiadas do Brasil, desde a época colonial, criando no país uma mentalidade voltada à obtenção de vantagens pessoais, através da existência de arraigados privilégios. Este fato caracterizou uma forte resistência oposta pelas classes domi-

---

<sup>2</sup> Para ROMERO, Sílvio. *Ensaio de Filosofia do Direito*. Capital Federal: 1895 ( p. 250): “O direito brasileiro teve de seguir fundamentalmente o seu curso reinol, tomando apenas, de longe em longe, uma coloração divergente na superfície, sob o influxo de fatores étnicos e mesológicos”.

<sup>3</sup> *ORDENAÇÕES FILIPINAS*. Livros de I a V. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1984.

<sup>4</sup> O termo “peão” aplicava-se ao trabalhador braçal, à época, socialmente marginalizado.

nantes à inserção de normas que englobassem princípios igualitários no ordenamento jurídico brasileiro.

Uma questão que deve ser formulada e respondida refere-se à identificação das causas da existência de tantos privilégios expressos nos textos legais, desde os primórdios do direito brasileiro, bem como as razões pelas quais a permanência destes privilégios nas normas jurídicas pátrias estendeu-se por um período longo, e superior a três séculos. Uma primeira explicação, ao que tudo indica, situa-se na Idade Média portuguesa, que não correspondeu a um regime feudal nos moldes de outros países europeus e, assim, não ocorreu uma transição efetiva do feudalismo para o capitalismo, onde estaria implícita a igualdade aos olhos da lei entre as classes hegemônicas e subalternas, para a formalização dos contratos de trabalho. Observe-se que as classes dominantes portuguesas, naquela época, eram constituídas, basicamente, pelo clero e nobreza, que, entre outros privilégios, estavam até isentos de pagar impostos, pois consideravam-nos vexatórios (FERREIRA LIMA, 1976)<sup>5</sup>. Em segundo lugar, as classes dominantes portuguesas na Idade Média (clero e nobreza) sempre se caracterizaram pelo conservadorismo e, mesmo com as mudanças experimentadas por outras classes sociais ao longo do tempo (agricultores, proprietários, artesãos, pequenos industriais), mantiveram a sua forte influência sobre as estruturas políticas, econômicas, culturais e ideológicas, e este imobilismo trouxe reflexos significativos para o ordenamento jurídico brasileiro e a conseqüente vigência, no país, das Ordenações do Reino pelo longo período de 1603 a 1916. Uma terceira causa dos arraigados privilégios expressos nos primeiros textos legais brasileiros está vinculada às estruturas sociais no Brasil durante os 300 anos de vigência das Ordenações do Reino. Convém mencionar a força política e econômica dos fazendeiros (“coronéis”) neste período da vida nacional.

---

<sup>5</sup> FERREIRA LIMA, Heitor. *História do Pensamento Econômico no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976 (p.40).

Nesta fase, imperou um espírito de inarredável conservadorismo das classes hegemônicas, associado ao crescente individualismo e à defesa intransigente dos interesses econômicos e políticos, com a manutenção e até aumento de privilégios, impossibilitando o êxito em qualquer tentativa para implantação de princípios igualitários.

Para que se possa ter uma idéia tangível dos privilégios aqui mencionados, é feita uma descrição e uma análise crítica do texto contido nas Ordenações do Reino (Ordenações Filipinas), aplicadas no Brasil a partir de sua publicação em 1603 até a vigência do Código Civil Brasileiro, em 1º de janeiro de 1917. Esta análise indica, entre outros aspectos, três pontos de grande importância: a) o vínculo do Estado português com a Igreja Católica, incluindo a ritualística processual, a participação da alta hierarquia da Igreja nos procedimentos e o apoio à “Santa Inquisição”; b) o primitivismo das sanções impostas aos delinquentes, as quais, embora próprias da época, não distinguiam delitos, malefícios e pecados; c) os privilégios concedidos à classe dominante, onde os nobres – representados pelos fidalgos, cavaleiros e escudeiros – se sobrepunham aos peões, aos judeus, aos mouros e aos negros.

Alguns trechos significativos das Ordenações do Reino são citados a seguir, com a linguagem da época, acompanhados de alguns comentários ilustrativos, de interesse do presente tema.

As queixas contra os hereges, feitas através dos representantes da justiça (desembargadores), para julgamento e aplicação de sanções, eram recebidas pelos representantes da Igreja (juízes eclesiásticos). Estas sanções englobavam castigos físicos e confisco dos bens. Tais penas discriminavam especialmente os judeus e os mouros, conforme o Título I, do Livro V, das Ordenações do Reino:

Aos convertidos, aplicam-se penitências espirituais. No caso dos que blasfemavam contra Deus, as penas, para uma primeira vez, eram variadas: a) aos fidal-

gos, pagamento de quatro mil réis; b) aos cavaleiros ou escudeiros, pagamento de dois mil réis; c) aos peões, trinta açoites mais pagamento de dois mil réis. Quando ocorrer reincidência, as penas serão em dobro e, no caso de uma terceira repetição, além da pena pecuniária, os nobres (fidalgos, cavaleiros e escudeiros) seriam degredados por três anos na África e, se peões, condenados a três anos nas galés (trabalhos forçados).

Vê-se que, para o mesmo delito, as penas variavam conforme a posição social do apenado.

Outras situações eram definidas nas Ordenações Filipinas, com delitos que evidenciavam os privilégios já mencionados. O ajuntamento carnal (homem ou mulher) com judeu ou mouro era punido com pena de morte e isto mostra a discriminação contra as duas raças. A discriminação e o privilégio se mostravam de forma clara e indiscutível no caso de quem “entra no mosteiro ou tira freira ou dorme com ela ou a recolhe em sua casa”. Neste caso:

o peão será apenado com a morte; os de “maior qualidade” pagariam cem cruzados para o mosteiro e seriam degredados, de forma perpétua, para o Brasil.

Vê-se, assim, que os privilégios dos “de maior qualidade” são declarados, valendo o poder econômico. O peão, pobre que era, pagava com a morte, e o nobre, caracterizado pelo poder econômico, sofria uma pena significativamente mais branda (degredo para o Brasil), contribuindo, além disso, com dinheiro para o mosteiro. Vê-se, neste caso, que a Igreja atuava como coletora de tributos, pagos diretamente pelos nobres ao mosteiro. Outro exemplo evidente de discriminação e de privilégio apresenta-se no caso “do que dorme com mulher casada”, situação em que o infrator, se peão, pagaria com a morte. No entanto, diz a lei (Título XXV),

se o adúltero for de maior condição que o marido dela, ou seja, se o adúltero for fidalgo, cavaleiro ou escudeiro, se o marido peão, receberá um mandado para que seja feita a justiça.

Observe-se que o termo “justiça”, neste caso, não define a pena que será aplicada ao privilegiado, seja ele fidalgo, cavaleiro ou escudeiro, tratando-se, portanto, de um privilégio nobiliárquico destes membros das classes dominantes da época.

O Título XVIII rezava que,

se alguém, com uso de força, dormir com outra mulher, se peão, sofrerá a pena de morte. Se, no entanto, o levador<sup>6</sup> for fidalgo, ou pessoa posta em dignidade, ou honra grande, e o pai da moça for pessoa plebéia, e de baixa maneira, ou oficial, assim como alfaiate, sapateiro ou outro semelhante, não igual em condição, nem estado, nem linhagem ao levador, o levador será riscado de nossos livros, e perderá qualquer graça e será degredado para a África.

Como se pode verificar, o texto da norma configura um privilégio honorífico cristalino, do nobre frente ao plebeu.

Muitas outras situações análogas de privilégios declarados e protegidos, constam do Livro V das Ordenações Filipinas e em todos os outros casos (de bigamia, de dormir com mulher casada, etc.), há sempre uma ressalva repetitiva: ...se for fidalgo, cavaleiro, escudeiro... e, após a ressalva, era aplicada uma pena abrandada, fictícia ou dissimulada. A discriminação contra os negros parece tão implícita que poucas vezes são eles citados nas Ordenações Filipinas. Referências são feitas, entre outras, na proibição de ajuntamento de negros, no impedimento de recolhê-los em casa por piedade, ou no cerceamento da liberdade de realizarem festas (Título LXX).

## **PRIVILÉGIOS NO IMPÉRIO DO BRASIL**

---

<sup>6</sup> O termo “levador” significava aquele que levava, aquele que conduzia.

A história brasileira, com vistas ao entendimento do conteúdo das ideologias jurídicas, pode ser acompanhada através do estudo das mudanças experimentadas pelas Constituições do país, do Império à República, fundamentalmente pela tentativa de redução das desigualdades e ampliação dos princípios igualitários aos brasileiros (LESSA, 1912)<sup>7</sup>, além de, progressivamente, limitar as atribuições do poder executivo na elaboração de leis (BEVILAQUA, 1980)<sup>8</sup>.

Uma análise das Constituições Brasileiras indica que somente a Constituição Política do Império do Brasil (1824) defende, de forma expressa, os privilégios econômicos, caracterizados pela diferenciação através do poder aquisitivo dos cidadãos. Veja-se que o artigo 92 estabelece que

são excluídos de votar nas assembleias paroquiais: ...5º) os que não tiverem de renda líquida anual \$100 por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego.

Análoga discriminação é também definida no artigo 94, que reza:

Podem ser eleitores e votar na eleição dos deputados, senadores e membros dos conselhos de província, todos os que podem votar na assembleia paroquial. Executam-se: 1º) os que não tiverem renda líquida anual \$200 por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego.

O artigo 95 reforça o privilégio, quando preceitua que

---

<sup>7</sup> Para LESSA, Pedro. *Estudos de Philosophia do Direito*. Rio de Janeiro: Tipografia do Jornal do Comércio, 1912 (p. 359): “não são unicamente os indivíduos colocados em posições sociais inferiores os que sofrem com as desigualdades sancionadas pelo direito. A luta dos que sofrem contra a classe privilegiada abala todo o organismo social, e é prenhe de conseqüências funestas para todos os membros componentes do todo”.

<sup>8</sup> Conforme BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980 (p. 21): “Nossa legislação do tempo da monarquia superabundava numa forma legislativa irregular, por meio da qual o poder executivo, freqüentemente, invadia a esfera do legislativo e do judiciário. Refiro-me aos avisos, entre os quais alguns se destacam, verdadeiramente luminosos pelas doutrinas que expõem, mas que, em geral, constituíam vegetação perniciosa por invasora e, não raro, desorientadora. Com a República, as atribuições dos poderes constitucionais se delimitaram melhor, e o poder executivo, afinal, deixou de ser o consultor dos diversos órgãos da autoridade pública. Apenas, por meio de avisos, ordens ou circulares, recomenda certas providências aos funcionários administrativos, se não é o caso de expedir regulamentos e instruções”.

Todos os que podem ser eleitores são hábeis para serem nomeados deputados. Exceção: 1º) os que não tiverem \$400 de renda líquida, na forma dos artigos 92 e 94.

Desta forma, configuravam-se, no Brasil Império, os históricos privilégios concedidos aos detentores do poder econômico.

Os privilégios econômicos expressos na Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, bem como os privilégios honoríficos e de linhagem que ela não proibiu, deixaram de existir, na letra da lei, a partir da Constituição Republicana de 1891. Nesta, em seu artigo 72, parágrafo 2º, lê-se:

Todos são iguais perante a lei.

A República não mais admitiu privilégios de nascimento, desconheceu foros de nobreza e extinguiu as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho. Assim, a lei republicana não reconheceu, perante a lei, pobres ou ricos, fortes ou fracos, senhores ou vassallos, procurou minimizar os privilégios de raça, cor, casta ou classe. Enfim, foram abolidos formalmente os privilégios de família, classe ou corporação, no texto da Constituição Republicana de 1891. É sabido, no entanto, que, apesar do formalismo da lei, tais privilégios continuaram a existir de forma concreta, e a lei republicana apenas dissimulou esta realidade.

Desde os primórdios de sua colonização até os dias atuais, o ambiente social no Brasil foi marcado por profundas desigualdades materiais entre a classe hegemônica, beneficiada com arraigados privilégios, e a classe subalterna, revestida de *status* social desvalorizado e estigmatizado. Neste cenário, as condições não foram propícias para o desenvolvimento e a aplicação de princípios igualitários e sua inserção nos ordenamentos jurídicos. Ao longo da sua história, o Brasil tem sido caracterizado como um país de contrastes. Criou-se no país uma estrutura dualista, definida, de um lado, por uma economia dinâmica vinculada a uma sociedade moderna, constituída de empresas industriais ou prestadoras de serviços e, do outro, por uma sociedade rural, que vive em nível de subsistência, ou por uma sociedade urbana marginalizada e miserável, na qual impera a pobreza e a violência, comparáveis aos países mais atrasados do mundo.

Para Bonavides (1999)<sup>9</sup>,

socialmente, o Brasil é o país mais injusto do mundo e, por um paradoxo, sua riqueza fez seu povo mais pobre e suas elites mais ricas, numa proporção de desigualdades que assombra cientistas sociais e juristas de todos os países.

Refletindo sobre os problemas brasileiros, ampliados nos últimos anos em razão do progresso, Bonavides (1973)<sup>10</sup> afirmou que

a poluição da água e o envenenamento do ar, a droga, a fome, o desemprego, o crescimento demográfico desenfreado e sem solução, o congestionamento dos grandes centros urbanos, o desespero da juventude, a miséria que aflui do campo para as cidades e o contraste de nações ricas e nações pobres, são todos temas de uma idade atribulada.

As mazelas sociais indicadas por Bonavides contribuiram, no plano ideológico, para a consolidação de outros erros, impostos às gerações futuras, no aviltamento de idéias, na

---

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. São Paulo: Malheiros, 1999 (p. 30).

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. *Reflexões, Política e Direito*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1973 (p. 35).

produção de ressentimentos, na fomentação de ódios políticos, na separação entre o capital e o trabalho, no desrespeito aos princípios de justiça e de solidariedade. No Brasil, a esse quadro de incertezas somam-se trezentos anos de herança colonial, que pesam sobre a sociedade brasileira até hoje e lhe obstaculizam o futuro, particularmente no que se refere a uma efetiva criação de princípios igualitários e a uma conscientização para a sua concreta aplicação, através da inserção de normas nos ordenamentos jurídicos, com a geração de leis eficazes.

O subdesenvolvimento é um outro parâmetro que dificulta a criação e a aplicação de princípios igualitários no Brasil. Analisando o problema do subdesenvolvimento dos países do terceiro mundo, como o Brasil, e suas relações com os sistemas econômicos, Salama (1973)<sup>11</sup> afirmou que

o estudo descritivo das estruturas produtivas e das relações de produção das economias subdesenvolvidas, ou sua análise comparativa com relação às economias desenvolvidas, mesmo se acompanhado de uma análise histórica, fracassa, quando tenta explicar as leis de desenvolvimento dessas economias.

Disse ainda Salama (1973) que

o subdesenvolvimento não pode ser explicado por si mesmo. Qualquer tentativa de entendimento do subdesenvolvimento de forma isolada, separado, portanto, da evolução da economia mundial e das necessidades de seus centros dominantes, está destinada a fracasso porque afasta o problema essencial, o da gênese do subdesenvolvimento.

Em suma, o pensamento de Salama (1973) indica que, somente através da análise das leis de evolução do processo produtivo e, portanto, na realização de um estudo sobre as formas de acumulação de capital em escala mundial, é que será possível perceber o subdesenvolvimento no momento de sua formação, ou seja, é necessário ir além das posições

---

<sup>11</sup> SALAMA, Pierre. *O Processo de Subdesenvolvimento*. São Paulo: Vozes, 1976 (p. 23).

simplistas e proceder a um estudo minucioso sobre as diversas formas de subdesenvolvimento e de sua evolução.

Estudando a evolução econômica do Brasil na época do Império, Normano (1939)<sup>12</sup> mostrou que

o fazendeiro era o único elemento de poder político no começo do século dezanove. A terra era a única fonte de riqueza. Fazer fazendas era uma expressão igual a de fazer fortuna.

Era, portanto, a repetição da Idade Média na Europa, a propriedade da terra como base das relações humanas. Nesta linha de idéias, verifica-se que a independência econômica, a autonomia das fazendas possuidoras de escravos, tornou-se a fonte de importância social do proprietário da terra, de seu poder político e econômico. A monarquia brasileira era o império do fazendeiro, que era o único elemento do país acostumado a dar ordens, a mandar. E ele começou a dirigir o país como governava a sua fazenda.

No Brasil colonial, predominava e ainda subsiste a sociedade camponesa tradicional, nas aldeias de casas aglomeradas em torno de ruas de areia, com casas de pau-a-pique, cobertas com folhas de palmeiras e chão de terra. Para Hagen (1969)<sup>13</sup>, parece provável que

a principal força a configurar o padrão de relações sociais e a personalidade do camponês seja a consciência da limitação de seu poder.

Para ele,

a vida é um mistério num sentido profundo em que não o é para o homem moderno. Faz tempo bom, e as safras florescem. Vem a seca ou grandes chuvas e

---

<sup>12</sup> NORMANO, J. F. *Evolução Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939 (p. 94; 97). Normano continua, afirmando que “o Brasil, no período colonial, era uma possessão ultramarina de Portugal, tornando-se uma propriedade interna da classe dos fazendeiros. O Império brasileiro era uma continuação da fazenda, e o fazendeiro traz-nos ao espírito a lembrança dos patricios de origem rural, que governavam o Senado Romano”.

<sup>13</sup> HAGEN, Everett E. *As Origens do Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Forum, 1969 (p.37).

as safras morrem. Ou as tempestades as destroem. O gado sobrevive, trazendo-lhe uma relativa prosperidade; ou morre, e o desastre o visita. Acima de tudo, mulher e filhos morrem ou vivem por motivos que ele não entende claramente. A metade dos filhos morre antes dos cinco anos; ou, se mora em meio ainda menos favorável, a metade antes do primeiro ano. Diante de todos esses fatos, o camponês era um homem sem meios de defesa e, pela sua incultura, acreditava que somente os espíritos poderiam lhe ajudar.

Neste quadro de conformismo e de aceitação da vida da forma como ela naturalmente transcorria, aliada aos obstáculos para o acesso à educação, aspectos que marcavam a sociedade camponesa do Brasil colonial, era praticamente impossível que se cogitasse na aplicação de princípios igualitários às classes despossuídas no país daquela época.

Durante a chamada "República Velha"<sup>14</sup>, em todo o território brasileiro, a distância entre o Estado e o povo era muito grande. Nas regiões Centro e Sul, a elite, constituída, entre outros membros, pelos proprietários de terras, fazendeiros, agricultores e aristocratas rurais, era muito rica. No Norte e no Nordeste, a maioria vivia como camponeses, em terras que não lhes pertenciam e onde os governos locais mantinham a ordem nas cidades e os "coronéis", nas zonas rurais. Em todos os casos, o ensino era aristocratizado, constituindo-se em forte barreira para a ascensão social da população pobre. Qualquer tentativa de protesto ou de rebelião, situações que foram freqüentes no Brasil, era brutalmente reprimida, uma vez que os problemas sociais eram resolvidos pela Polícia e até pelo Exército. Alguns grupos eram classificados como bandidos, como o de Canudos, na Bahia, sendo totalmente dizimados. Outros, como o dos fanáticos, do Padre Cícero, de Juazeiro do Norte, no Ceará, por serem politicamente muito fortes, eram combatidos, mas tolerados. Pode-se afirmar que o Judiciário era fraco, aplicando leis decorativas, predominando o cha-

---

<sup>14</sup> A chamada "República Velha" ou "Primeira República" estendeu-se de 1889 (Proclamação da República) até 1930, quando Getúlio Vargas assumiu a Presidência do Brasil.

mado "direito dos coronéis". Este panorama, caracterizado pela forte dominação das classes hegemônicas da época, constituída pelos fazendeiros, aristocratas e proprietários de terras, sobre os camponeses, além da distância que separava o Estado das classes desfavorecidas, resultava em situação marcadamente desfavorável para a aplicação de princípios igualitários e sua positivação em normas jurídicas.

Nos tempos que se seguiram à “República Velha“, ou seja, a partir de 1930, a comunidade brasileira, composta por uma sociedade de classe significativamente estratificada, não conseguiu construir uma nação socialmente unificada a partir do antigo Estado agrário de escravatura, persistindo, no direito brasileiro, um constante discurso liberal e contínuas discussões sobre democracia e instituições democráticas. Manteve-se um pensamento jurídico de um Estado profundamente paternalista que não é ameaçado pela classe subalterna, ignorante, analfabeta e desarmada. A sociedade brasileira foi inicialmente escravocrata, em que os trabalhos manuais eram desprezados em favor de atividades intelectuais. A busca de carreiras consideradas mais nobres, para compor os quadros político-burocratas, em uma sociedade agrário-escravista, de formação liberal-conservadora, permitiu a manutenção histórica de um bacharelado jurídico, denominado de “bacharelismo” (ADORNO, 1988)<sup>15</sup>, um "legado luso-coimbrão", na opinião de Afonso Arinos (VENÂNCIO FILHO, 1989)<sup>16</sup>.

O Brasil passou a ser considerado o “país dos bacharéis”, e tudo indicava que uma formação acadêmico-jurídica possibilitava não somente o exercício da advocacia, mas um envolvimento na política nacional, além de permitir atividades de literatura e de periodismo universitário. Os bacharéis em direito passaram a ter um perfil inconfundível, usando

---

<sup>15</sup> Sobre o assunto, leia-se ADORNO, Sérgio. *Os Aprendizés do Poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

<sup>16</sup> Conforme VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 1989 (p.291-292).

um palavreado pomposo, sofisticado e ritualístico. A prolixidade passou a ser uma constante nos documentos jurídicos.

O direito no Brasil, desde o início da colonização portuguesa, parecia uma questão essencialmente particular. Os donatários das capitanias hereditárias, os produtores comerciais em geral e os fazendeiros governavam seus domínios como feudos particulares, e as leis somente vigoravam com o aval dos “coronéis” fazendeiros. Apresentando uma análise simplista, ao estudar o direito e as leis no Brasil, Shirley (1987)<sup>17</sup> admitiu que, desde o estabelecimento do Império, tem havido, pelo menos, três padrões de leis no país: 1º) as leis formais das escolas de direito e do governo, as leis da elite urbana. Deve-se observar que, através da famosa instituição brasileira, o “jeitinho”, a classe dirigente do país está quase acima de qualquer lei formal; 2º) as leis dos “coronéis”, os grandes proprietários de terra e a elite comercialmente ativa, que eram, muitas vezes, os soberanos absolutos de suas propriedades. Este sistema está decaindo em vista da crescente dominação das cidades industriais na vida brasileira; e 3º) a lei popular, as leis consuetudinárias dos pequenos agricultores agregados, camponeses, caipiras e dos pobres das zonas urbanas. As três leis estão interligadas de algum modo, havendo, porém, uma analogia no fato de que todas têm origem na cultura legal tradicional de Portugal. Estes padrões de leis, embora apresentados de forma simplificada por Shirley, indicam uma estrutura que retrata as imensas desigualdades materiais no país, resultantes da forte dependência das classes desfavorecidas em relação às oligarquias dominantes no Brasil, desde a época da colonização.

---

<sup>17</sup> SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987 (p. 83).

## PRINCÍPIOS IGUALITÁRIOS NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

A primeira Constituição brasileira, a denominada Constituição Política do Império do Brasil<sup>18</sup>, promulgada em 25 de março de 1824, em seu artigo 179, inciso 13, já admitia a igualdade perante a lei, com a seguinte redação:

A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

Além disso, a mesma Constituição reconhecia os privilégios anteriormente existentes e, de certo modo, parecia extingui-los, com a seguinte redação no mesmo artigo 179, inciso 16:

Ficam abolidos todos os privilégios que não forem essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade pública.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, já na República (artigo 72, parágrafo 2º), deu a seguinte redação ao abordar a igualdade jurídica, mantendo o mesmo espírito:

Todos são iguais perante a lei.

A redação dada ao mesmo direito, pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, apresentou a seguinte redação, em seu artigo 113, inciso 1:

Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, crenças religiosas ou idéias políticas.

A concisão anterior voltou com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, época do Estado Novo, com a seguinte redação (artigo 122, inciso 1):

---

<sup>18</sup> *CONSTITUIÇÕES DO BRASIL, de 1824 a 1946*. São Paulo: Saraiva, 1954.

Todos são iguais perante a lei.

A mesma redação foi observada na Constituição de 1946, no artigo 131, parágrafo 1º, e na Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967<sup>19</sup>, no artigo 153, parágrafo 1º, deu-se a seguinte redação:

Todos são iguais perante a lei, sem distinções de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.

É notório que, ao incluir as convicções políticas na igualdade perante a lei, a Constituição de 1967, promulgada na época da ditadura militar, não foi observada neste caso específico, dada a perseguição política aos ideólogos de esquerda<sup>20</sup>. Enfim, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988<sup>21</sup>, em seu artigo 5º, caput, reza:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos Estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade,

definindo, nos setenta e oito itens seguintes, em que termos são asseguradas essas garantias individuais.

Mesmo na legislação constitucional, os princípios igualitários são aplicados, muitas vezes, de forma distorcida, criando privilégios para os detentores do poder, através dos conteúdos dos textos legais ou possibilitando uma interpretação extensiva do direito neles contido. Veja-se a regulamentação das imunidades parlamentares, antes referida, necessária e aceita nos ordenamentos jurídicos dos povos ocidentais, mas que, no Brasil, foi aplicada para gerar privilégios enquanto constou do texto legal (até o ano de 2001), sendo uti-

---

<sup>19</sup> *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1967*. São Paulo: Atlas, 1986.

<sup>20</sup> A ditadura militar trouxe ao país muitos problemas e, entre eles, o agravamento das desigualdades sociais decorrente, fundado na repressão aos movimentos populares reivindicatórios e no arrocho salarial.

<sup>21</sup> *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.

lizada, durante sua vigência, para defender os congressistas de crimes comuns<sup>22</sup>. Muitos outros privilégios ainda existem na legislação brasileira infraconstitucional, como nos exemplos já mencionados, que se contrapõem às idéias de igualdade: as férias de 90 dias concedidas aos membros do Congresso Nacional, de 60 dias concedidas a alguns membros do Poder Judiciário, de 45 dias concedidas a oficiais-generais das Forças Armadas, a prisão especial para portadores de diploma de Curso Superior e as desigualdades previdenciárias entre os trabalhadores da iniciativa privada e funcionários públicos. De uma forma geral, os interesses políticos e econômicos das classes hegemônicas brasileiras sobrepõem-se, muitas vezes, aos níveis mínimos de razoabilidade que caracterizam os princípios igualitários de direito, positivados em normas jurídicas.

## CONCLUSÕES

No Brasil, a construção da legalidade foi um caso singular pelos privilégios que consagrou. Para se avaliar as resistências opostas pelas classes hegemônicas à inserção de normas que acolhem princípios igualitários é bastante constatar que os primórdios do sistema jurídico brasileiro, com a vigência das Ordenações Filipinas de 1603 até a publicação do Código Civil, a 1º de janeiro de 1917, mostram a consagração de históricos privilégios, claramente honoríficos, diferenciando-se notadamente quem tinha “linhagem”, “qualidade”, “posição”, criando-se uma linha hierárquica de dominação, além de privilégios econômicos, indicados pelas diferentes penas pecuniárias para um mesmo delito, dependentes da injusta hierarquia, definida pelas normas jurídicas daquela época.

O clima de privilégios estendeu-se durante a vigência da Constituição do Império, quando o texto constitucional discriminava, através da renda, os brasileiros que poderiam

---

<sup>22</sup> Até 2001, deveria haver autorização do Senado Federal para que qualquer congressista fosse julgado por crime comum.

votar ou ser votados. Esta situação forjou, portanto, durante cerca de 300 anos, a mentalidade da classe hegemônica no Brasil, com reflexos jurídicos significativos que se estendem até os dias atuais. Viu-se que, desde os primórdios de sua colonização até o início deste século XXI, o Brasil tem sido caracterizado como um país de contrastes e de profundas injustiças sociais, por uma estrutura dualista definida, de um lado, por uma economia dinâmica vinculada a uma sociedade industrial moderna e, do outro, por uma sociedade rural, que vive em nível de subsistência, ou uma sociedade urbana marginalizada, miserável e destituída de poder, na qual impera a pobreza e a violência, comparáveis aos países mais atrasados do mundo. Os privilégios no país, mantidos pelo poder econômico, ainda subsistem com elevada intensidade, dificultando a redução das desigualdades materiais e gerando marcantes dificuldades para uma inserção eficaz de normas realizadoras de princípios igualitários no ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. *Os Aprendizes do Poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.
- BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Reflexões, Política e Direito*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1973.
- CONSTITUIÇÕES DO BRASIL, de 1824 a 1946*. São Paulo: Saraiva, 1954.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1967*. São Paulo: Atlas, 1986.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FERREIRA LIMA, Heitor. *História do Pensamento Econômico no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976.
- HAGEN, Everett E. *As Origens do Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Forum, 1969.
- LESSA, Pedro. *Estudos de Philosophia do Direito*. Rio de Janeiro: Tipografia do Jornal do Comércio, 1912.
- NORMANO, J.F. *Evolução Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

*ORDENAÇÕES FILIPINAS*. Livros de I a V. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1984.

ROMERO, Sílvio. *Ensaio de Filosofia do Direito*. Capital Federal, 1895.

SALAMA, Pierre. *O Processo de Subdesenvolvimento*. São Paulo: Vozes, 1976.

SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 1989.

WEYNE, Gastão Rúbio de Sá. *Igualdade e Poder Econômico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

## A co-culpabilidade da sociedade: atenuante relevante anterior ao crime?

### Introdução

Segundo a chamada teoria tripartida do delito, o crime é definido como fato típico, antijurídico e culpável. Ou seja, um fato que a norma penal incriminadora prevê como ilícito; que lesa um bem jurídico tutelado pelo Direito e é praticado por um ser imputável, que seria plenamente capaz de adotar um comportamento diverso daquele criminoso.

Eis, portanto, o conceito analítico de crime aceito tanto por seguidores da Teoria Finalista de Welzel quanto por não seguidores do finalismo. Welzel já sustentava ser a culpabilidade um elemento sem o qual o crime não se aperfeiçoa. E, na opinião de Cerezo Mir<sup>23</sup>, encontramos a conclusão que, para constituir crime, a ação ou a omissão típica e antijurídica têm que ser culpáveis.

Convém aqui lembrar os três requisitos constitutivos da Culpabilidade como elemento mister para a configuração de um crime, quais sejam eles, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de obediência ao Direito. Logo, entendemos que, para um fato ser culpável, tem o seu agente que subsumir-se a esses três aspectos.

O artigo 59 do Código Penal, que possui a “*mens legis*” de nortear o juiz criminal no momento árduo da fixação da pena, vem munido de total clareza quando impõe ao magistrado a análise da personalidade do delinqüente, isto com o objetivo de aproximar ao máximo o julgador de desvendar a verdadeira índole daquele réu que está, mesmo antes do veredicto, já preso às algemas da condenação.

Delmanto<sup>24</sup> diz que importa averiguar se o crime praticado por aquela pessoa se relaciona diretamente com suas tendências psicológicas individuais, uma vez que os motivos que levaram aquele sujeito a delinqüir estão diretamente ligados com sua personalidade, já que o ser humano está, constantemente, respondendo a estímulos causados por fatores intrínsecos e extrínsecos.

Para Guilherme Nucci<sup>25</sup>, a fixação da pena pelo juiz criminal trata-se de um processo de discricionariedade vinculada, no ato em que o juiz elege, por seu livre convencimento, o “*quantum*” exato que será suficiente para a prevenção e a reprovação do crime, tendo por parâmetro os valores que a lei traz. É a busca da aplicação justa da lei penal.

---

<sup>23</sup> Cerezo Mir *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 144.

<sup>24</sup> DELMANTO, Celso e outros. *Código Penal Comentado*. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 294.

<sup>25</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.259.

Também encontramos na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal que “a sentença deve ser motivada. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena e do livre convencimento do juiz, é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento”.

Claus Roxin<sup>26</sup>, por sua vez, sustenta que a culpabilidade não deve servir como fundamento de retribuição, ou seja, aquele caráter de castigo da pena, mas tem por objeto determinar o limite que a pena “*in concreto*” não deve ultrapassar.

Aníbal Bruno<sup>27</sup>, por sua vez, estabelece um conceito segundo o qual personalidade vem a ser “um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano”. É justamente no estudo da “porção adquirida” e “das forças que influenciam o comportamento” que emergiu a idéia do Princípio da Co-culpabilidade da sociedade, ou seja, por esta verdade fundante perquire-se o grau de responsabilidade que tem a sociedade e o Estado pelo cometimento do delito.

### Conceito

Foi a partir das idéias de Zaffaroni e de Pierangeli<sup>28</sup> que o Brasil passou a conhecer a noção de co-culpabilidade. Preceituam os ilustres juristas:

Toda pessoa atua numa determinada circunstância e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em conseqüência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao indivíduo e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de co-culpabilidade é uma idéia introduzida pelo Direito Penal socialista. Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do artigo 66.

O referido dispositivo legal enuncia que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

---

<sup>26</sup> ROXIN, Claus *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.*, p. 267.

<sup>27</sup> BRUNO, Aníbal *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 555.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Dentre os vários autores nacionais que comentam com sapiência o Código Penal pátrio, não é difícil notarmos que ao cediço artigo 66 não é dada a devida atenção, sendo os comentários breves e genéricos.

Por exemplo, Cezar Roberto Bitencourt<sup>29</sup> não precisa de mais que meia página para discorrer sobre o referido dispositivo.

Desta idéia, concluímos fundar-se a co-culpabilidade na influência que o meio social exerce sobre a formação da personalidade humana; e esta influência seria tamanha ao ponto de comprometer o senso de autodeterminação de cada um, já que, em face de uma série de diversas razões, o Estado e também a própria sociedade não oferecem a alguns indivíduos as condições necessárias de desenvolvimento pessoal pleno. Assim, deve a reprobabilidade da conduta desses indivíduos postos às margens ser atenuada diante da referida inércia do Poder Público e da apatia da sociedade. Ora, reza a Constituição Federal, em seu artigo 3º, que constitui um dos objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, isto além de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; enfim, na concepção dos sábios doutrinadores, pelas falhas do sistema, seria plenamente possível cogitar uma co-culpabilidade da sociedade e inserir tal fenômeno como circunstância atenuante a que faz menção o cediço artigo 66.

#### A co-culpabilidade e seus princípios correlatos

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, enuncia princípios que tutelam com hegemonia os direitos individuais fundamentais. Um deles é o chamado Princípio da Isonomia, explicado por Ruy Barbosa<sup>30</sup> como sendo o dever de se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Outro é o princípio da individualização da pena, segundo o qual a pena deverá ser fixada de acordo com as condições objetivas e subjetivas sob as quais o ilícito foi cometido.

Chaïm Perelman<sup>31</sup> afirma que “o que é mister buscar não são penas iguais, mas penas adequadas ao objetivo que se lhes atribui”. Por isso existe aquela apresentação constitucional taxativa das penas que o ordenamento jurídico pátrio acolhe.

Ensina o jurista Salo de Carvalho<sup>32</sup> que o Princípio da Isonomia deve ser utilizado no momento da fixação da pena, uma vez que “reprovar com a mesma

---

<sup>29</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>30</sup> BARBOSA, Ruy *apud*. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 22. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 39.

<sup>31</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>32</sup> CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza é uma clara violação ao princípio da igualdade”.

E o mesmo doutrinador esclarece que há possibilidade de se aplicar a omissão estatal ou co-culpabilidade da sociedade como a atenuante a que se refere o artigo 66, quando o juiz, ao realizar a dosimetria, verificar uma relação razoável entre a personalidade do agente e as oportunidades que este recebeu.

Outro princípio seria o da Culpabilidade. Já dizia Franz Von Liszt que “política social é a melhor política criminal” e isto porque compõe um dos elementos da culpabilidade a exigibilidade de conduta diversa ou exigibilidade de obediência ao direito. Tal pressuposto é entendido como a concreta possibilidade que o agente tem de determinar o seu comportamento num sentido favorável à sociedade. Ou seja, é a exigência de que o autor do fato pudesse adotar uma conduta que não constituísse crime, praticasse algo diferente daquilo que ele praticou. E isto porque o Direito exige que o ser imputável enquadre sua vontade e, por consequência, os seus comportamentos, às normas de convivência impostas pelo corpo social.

Para Günther Jakobs<sup>33</sup>, o crime é uma conduta defeituosa do autor, onde este não observa a norma, violando o seu papel social, aquilo que se espera dele.

### A sociedade prepara o crime, o criminoso o pratica!

Por todo o exposto, fica claro, então, que a sociedade impõe normas de convivência e que o crime vem interromper a harmonia das relações. Pois bem. Mas, atualmente, quais são precisamente essas normas de convivência? Se o infrator é considerado marginal, quem é a sociedade da qual ele está posto às margens?

Primeiramente cumpre-nos lembrar rapidamente o cunho vernáculo da palavra “marginal”.

Pelo dicionário da língua portuguesa, marginal é “relativo ou pertencente às margens”; “aquele que ocupa uma posição à margem de um sistema social e que se encontra excluído das obrigações e/ou das vantagens do sistema”.

Para compreendermos a crítica, visualizemos um rio.

Um rio tem margens. As margens de um rio fazem parte dele, delineiam seu curso, mas se encontram fora dele. Se um rio está poluído, de nada adiantará tratar somente a água, que é o cerne, se também não for feita a pavimentação das margens.

---

<sup>33</sup> JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Os infratores são pessoas humanas e como tais também fazem parte da sociedade. Por que num Estado Democrático de Direito em que vigora o Princípio da Isonomia existe tamanha discrepância? Por que existe essa marginalidade?

Ora, a marginalidade que a sociedade tanto critica é o monstro que ela mesma criou. Com o passar dos tempos, o desenvolvimento das mais variadas tecnologias se globalizou e a qualidade de vida das pessoas não só melhorou como também acabou submergida por tanta evolução. Não veio apenas e tão-somente o capitalismo, mas hoje a sociedade está plenamente tomada por um capitalismo selvagem.

Karl Marx<sup>34</sup> já sustentava ser a história do homem uma história de luta de classes sociais, uma luta incessante e permanente entre interesses opostos, proporcionada pelas gritantes desigualdades, uma vez que o Estado seria um instrumento de dominação de classes a serviço das classes dominantes.

Enrico Ferri<sup>35</sup>, sociólogo e integrante da Escola Antropológica Criminal, sustentou a grande influência do meio social no comportamento de um indivíduo, ou seja, as chamadas “causas exógenas” para a criminalidade. Embora negasse o livre-arbítrio do indivíduo, estudou com afinco as relações do ser humano com o meio ambiente, com a sociedade, na tentativa de explicar o porquê do surgimento dos eventos criminosos.

Para este jurista, a delinqüência é também uma conseqüência de fatores antropológicos e sociais. Tanto que veio a classificar sob três aspectos as causas dos delitos, quais sejam: as causas biológicas, herdadas geneticamente dos antepassados; as físicas, relativas ao ambiente cósmico, ao clima; e, finalmente, as causas sociais, concernentes ao próprio meio social no qual aquele ser foi criado. Conclui ele, portanto, que o objeto último das leis penais seria prevenir a criminalidade e não apenas castigá-la, ou seja, a pena era vista como medida de defesa social.

Entendia ele ser o criminoso um produto do meio social, devendo ser tratado como tal. Ou seja, o delinqüente era envolvido pelo convívio social, que condicionava e delimitava seu próprio caráter. Para Ferri e outros adeptos do positivismo jurídico, a vontade humana correspondia a uma vontade viciada, visto que direcionada pelas condições do meio social em que o sujeito vive. E é justamente neste ponto, no da vontade ser condicionada pelo meio externo, que a Teoria de Ferri perde a força. Contudo, nos é possível lembrar seus estudos para tentar compreender que a sociedade acaba, de uma forma ou de outra, influenciando e tendo sua parcela de culpa no cometimento dos ilícitos penais.

Em vários pontos da legislação pátria encontramos nítida a idéia de ser inescusável o descumprimento da lei, pela alegação de seu desconhecimento,

---

<sup>34</sup> MARX, Karl *apud* COSTA, Maria Cristina Castilho. *Sociologia, Introdução à ciência da sociedade*. Moderna, p. 74.

<sup>35</sup> FERRI, Enrico *apud* FERNANDES, Newton e Valter. *Criminologia Integrada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 83.

mas como pode conhecer os ditames da lei aquele que mal sabe rabiscar o próprio nome e sequer imagina a existência em seu país de uma Constituição que tem um artigo 6º obrigando o Estado a lhe oferecer educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança e assistência em geral? E mais, se o Estado deveria cuidar do pleno respeito aos Direitos Sociais das pessoas, por expressa disposição constitucional, quando este não o faz, não teria ele parcela de responsabilidade?

A resposta à pergunta “quem é a sociedade?” encontramos facilmente nos meios de comunicação, e em nada ela se parece com a resposta dada pela Constituição Federal, segundo a qual a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, assim como “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, ou ainda “a ordem social tem como objetivo o bem-estar e a justiça social”.

Os meios de comunicação apresentam a todos as nítidas divisões entre os grupos que formam a sociedade. Karl Marx observava a distinção entre proprietários dos meios de produção e proletariado. Hoje, convivemos com a existência de mais ramificações dentre esses dois extremos apontados pelo autor de *O Capital*. Na sociedade atual não vemos escravos à base da pirâmide da hierarquia social, mas vemos pessoas que vivem em condições subumanas, que moram em favelas, dormem embaixo de pontes, mendigam às portas de igrejas.

Essas pessoas não têm acesso às oportunidades de emprego, às condições dignas de moradia e de saúde, como preconiza a Constituição Federal, mas, de um jeito ou de outro, elas acabam tendo acesso a algum dos inúmeros meios de comunicação e os vêem pregando como necessidade premente o “ter”.

Como seres racionais, as pessoas captam a essência das informações recebidas, despertam o anseio de ter e a revolta por pertencerem, contra a sua vontade e sem ter tido oportunidade de escolha, ao grupo que não tem.

Na opinião da Defensora Pública Dra. Patrícia Malite Imperato, os meios de comunicação cumprem sua função de embutir na cabeça das pessoas as prioridades modernas que realmente fazem a diferença num país de iguais, como usar roupas das marcas mais caras, celular com mp3 que tira foto e acessa a internet, carro do ano.

E quem não possui recursos financeiros para acompanhar essas mutações, para se atualizar em face dessas modernidades, buscará o acesso a elas de outras maneiras.

Relembremos um sábio dizer de Anatole France, segundo o qual “em sua igualdade majestática, a lei proíbe tanto ao rico quanto ao pobre dormir debaixo das pontes, esmolar nas ruas e furtar pão, e nela vale também para o direito penal a palavra amarga: ‘Deixais ao pobre tornar-se culpado, em seguida o entregais à dor’”.

Diante disso, vem Gustav Radbruch<sup>36</sup> e coloca que “quantas vezes, as custas do processo e da execução, se empregadas antes do crime, teriam bastado para evitá-lo”.

Dizer que o crime é um fato social implica endossar a idéia que há um defeito na sociedade. Ora, quando um ilícito penal acontece, verifica-se ainda nas pessoas, nos grupos sociais, a existência daquele sentimento de vingança contido na Lei de Talião; antes de mais nada e, na maioria das vezes, antes mesmo do devido processo legal, quer a sociedade ver a face castigo da pena. Ou seja, a sociedade é frágil por marginalizar alguns de seus próprios membros e desmorona no momento em que precisa da pena para ver restabelecido o equilíbrio emocional que o crime, fato por ela mesma criado, contra ela mesma praticado e nela mesma encenado, abalou.

Para Soler<sup>37</sup>, “a pena é uma sanção aflictiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração, como retribuição do seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”.

A pena é necessária para manter uma ordem social, mas não o único instrumento, existindo outras formas mais eficazes do Direito intervir sem causar estigmas, além, obviamente, do controle primário da criminalidade, realizado mediante o desenvolvimento de reformas urbana e agrária, de uma sensata distribuição de renda, de um sistema de educação sério cuja preocupação seja formar e informar as pessoas, do acesso, com dignidade, à saúde, ao transporte, ao lazer e esportes.

Na reforma de 1984, a pena foi suscitada como possuindo natureza mista, é retributiva e preventiva, conforme dispõe o *caput* do artigo 59 do Código Penal.

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Em sua característica retributiva, cuja finalidade já é preventiva no sentido de evitar a prática de novas infrações, a pena se apresenta sob os aspectos: ge-

---

<sup>36</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>37</sup> SOLER *apud* MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2002.

ral, uma vez que o fim intimidativo da punição dirige-se a todos os destinatários da norma penal, com o intuito de impedir que quaisquer dos membros da sociedade pratiquem crimes; e especial, ao passo que a pena atinge o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir novamente e procurando corrigi-lo daquele delito que ele cometeu.

Para a doutrina majoritária<sup>38</sup>, a pena não pode mais ser vista como a vingança da sociedade para com o delinqüente, mas ela deve ser ministrada como um remédio para que possa cumprir sua finalidade de prevenir delitos, de retribuir o mal causado e de devolver o indivíduo ao convívio social de modo que ele possa pertencer ao grupo, adotando condutas lícitas.

Percebemos, por toda esta análise, que a pena hoje acaba sendo o meio para se descontar no indivíduo a frustração de que um Estado de Direito não conseguiu atingir os seus próprios objetivos de República trazidos pela sua própria Constituição (artigo 3º).

#### A subsunção da co-culpabilidade no texto do artigo 66 do CP

Heleno Cláudio Fragoso<sup>39</sup> interpreta o artigo 66 do Código Penal entendendo que “qualquer circunstância relevante relacionada com o fato ou com a pessoa do agente, que afete de forma significativa o merecimento da pena, deve ser considerada como circunstância relevante”.

E é nesta esteira que seguem as opiniões de Zaffaroni e Salo de Carvalho, inserindo nos ditames do dispositivo a noção da co-culpabilidade.

Acredita Juarez Tavares que o delito é um produto do sujeito, quando este se encontra inserido num determinado contexto social, e que, por isso, deve o indivíduo, no momento de se julgar um ilícito que ele veio a praticar, ser tomado pelo julgador em todas as suas dimensões, ou seja, tanto sua essência individual como sua vivência no âmbito social.

Isto porque os indivíduos dependem de um mínimo de estrutura psicossocial para determinar seu comportamento no mundo das escolhas, ou seja, para bem exercer o seu livre-arbítrio. Muitos indivíduos, por sua vez, não possuem tal norte por omissão e responsabilidade do Estado, que não prestou como deveria prestar os serviços públicos essenciais a que este mesmo indivíduo e a família que o criou faziam jus, conforme explicita a Constituição. Eis o fundamento da teoria da co-culpabilidade.

Ainda explicando o entendimento cediço de Juarez Tavares, a conduta omissiva do Estado, que acaba por excluir algumas pessoas do pleno gozo dos direitos fundamentais, culmina na diminuição do senso de autodeterminação do sujeito e, por isso, suscita-se tal teoria num entendimento de que o Estado deve arcar pela sua negligência no momento da formação do juízo de reprovação.

---

<sup>38</sup> JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. São Paulo: Manole, 2004.

<sup>39</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 19. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Também sustentam os defensores da teoria em comento que a sociedade delegou o *jus puniendi* ao Estado, mas, contudo, não deve esquivar-se da parcela de responsabilidade que sobre ela paira ao colocar um indivíduo em uma conjuntura adversa à concepção da própria moral social, pois isto fará restar para ele somente a via delitativa por não contar com outras expectativas.

É assim que a própria sociedade tolhe a esperança de certos indivíduos e depois manda, impiedosamente, ao banco dos réus aquele ser por ela mesma desprezado e que, por contribuição dela mesma, carregará para sempre o rótulo de delinqüente.

Não podemos esquecer, entretanto, a acepção de sociedade para o Direito Penal. Já dizia Aristóteles ser o homem um animal político, um ser gregário que detém a necessidade racional de conviver com os seus semelhantes.

Para Rousseau<sup>40</sup>, esta necessidade consciente é embasada no fato de que o indivíduo precisa combinar os instrumentos fundamentais, força e liberdade, para sua conservação, e isso só é possível através da união com os demais. E tal associação, motivada pela vontade geral, busca uma finalidade também geral, o bem comum.

Ainda para o referido pensador, o Estado surge como resultado do corpo moral e coletivo, sendo detentor do poder de decisão soberano justamente para assegurar que na sociedade impere o bem comum.

E é também através do Direito Penal que o Estado buscará manter a harmonia social. Porém, cumpre-nos atentar para o fato de que este ramo do Direito tutela bens de interesses de toda a coletividade, e não unicamente do indivíduo atingido pelo ato criminoso.

No dizer de Welzel<sup>41</sup>, o Direito Penal tipifica somente condutas munidas de determinada relevância social. Assim sendo, o tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (o desvalor da ação e o desvalor do resultado).

A síntese dos estudos citados consiste na crença de que a precária situação econômica do autor do fato, nascido e criado numa sociedade capitalista, da qual ele faz parte necessariamente e da qual ele foi excluído, deve ser considerada como atenuante no momento da fixação da pena, justamente por ser premissa de um Estado Social de Direito evitar tal situação.

A impossibilidade de o Estado prover todos os membros de sua sociedade para realizar a premissa constitucional da dignidade da pessoa humana se torna plenamente relevante, principalmente no momento em que deve julgar um acontecimento, que pode sim estar atrelado a tal omissão. E por que não se falar em

---

<sup>40</sup> ROUSSEAU *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 17.

<sup>41</sup> WELZEL *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4 e 17.

culpa estatal na conduta daquele ser marginalizado, já que houve nítida falta do dever jurídico de cuidado?

O professor Juarez Cirino dos Santos<sup>42</sup> afirma que "hoje, como valorização compensatória da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da co-culpabilidade da sociedade organizada, responsável pelas injustiças das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida. Em sociedades pluralistas, as alternativas de comportamento individual seriam diretamente dependentes do status social de cada indivíduo, com distribuição desigual das cotas pessoais de liberdade e determinação conforme a respectiva posição de classe na escala social".

### Conclusão

Por todo o exposto, podemos tranquilamente concluir que existe uma forte tendência para o desencadeamento de uma redução do juízo de reprobabilidade que incide sobre o indivíduo, autor de um determinado ilícito penal, e que, em consequência, deve ser atenuada sua reprimenda para que possa a pena cumprir com veemência sua função ressocializadora.

Ora, se aquele sujeito, a quem o Estado não conseguiu oferecer as condições básicas de desenvolvimento humano, a quem a sociedade marginalizou, teve desenvolvido todo o seu lado mau ao ponto de ser tomado pelo fantasma assombroso da criminalidade, então, em algum momento é preciso fazer alguma coisa por ele, desenvolver o lado bom que existe dentro dele e que o Estado, a sociedade e ele mesmo desperceberam.

Se quando alguém comete um crime recebe uma pena que tem por fim prevenir novos ilícitos e corrigir o ocorrido, devolvendo o infrator apto à convivência social, então, que seja corretamente operada a dosimetria na análise do caso concreto e que a pena cumpra sua dúplici função, mesmo que para tanto careça dividir as responsabilidades pelo fato delituoso entre o sujeito e a sociedade.

Encerramos nossa exposição lembrando um sábio dizer de Voltaire: "é tão difícil atingir a Justiça quanto chegar ao céu".

### Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. v.1, 8.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Código Penal. 41. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

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

---

<sup>42</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editores, 2000.

CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 2. ed. ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELMANTO, Celso e outros. Código Penal Comentado. 5.ed.atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte geral. 19. ed. rev por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Finalidades da pena. São Paulo: Editora Manole, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 20. ed. São Paulo: Atlas, v.1, 2002.

RADBRUCH, Gustav. Introdução à ciência do direito; tradução Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A Moderna Teoria do Fato Punível, Freitas Bastos editores, Rio de Janeiro, 2000.

TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

## A PREOCUPAÇÃO INTERNACIONAL COM O TRATAMENTO DO PRESO

Tatiana Lages Aliverti Israel<sup>43</sup>

### 1. Resenha Histórica

O crime, segundo Roberto Lyra<sup>44</sup>, é conceituado e punido em consonância com os “fundamentos de cada sociedade”, uma vez que nasce com ela e evolui “à sua imagem e semelhança”. Daí o fato da “primeira lei que se impôs aos legisladores e aos juízes”, ser “a de aplicar penas”, antes mesmo de “fixar os direitos”.

A história da pena confunde-se “com a própria história do Direito Penal”, uma vez que “a pena tem sido sempre, através dos tempos, uma reação contra uma agressão, um dano, um mal”, ressalta Armida Bergamini Miotto.<sup>45</sup>

O reconhecimento das garantias jurídicas do preso, entretanto, não coincidiu com a fase inicial da história do Direito Penal<sup>46</sup>, pois somente no século XX ele passou a ter condição jurídica claramente definida.<sup>47</sup>

Anota Edmundo Oliveira<sup>48</sup> que essa discrepância entre deveres e direitos dos presos estimulou “a concepção de juízos desvalorativos, morais e

---

<sup>43</sup> Advogada. Especialista em Direito Processual pela COGEAE - PUC/SP. Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Professora de Direito Penal do Centro Universitário Padre Anchieta – UNIANCHIETA, Jundiaí/SP.

<sup>44</sup> LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2. p. 12-13.

<sup>45</sup> MIOTTO, Armida Bergamini. **Curso de direito penitenciário**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 18.

<sup>46</sup> Cf. OLIVEIRA, Edmundo. **Direitos e deveres do condenado**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 1.

<sup>47</sup> Essa condição jurídica é galgada a partir da internacionalização dos direitos humanos, quando o preso passa a ser visto também como ser humano, e, portanto, detentor de dignidade.

sociais, sobre o delinqüente condenado”, subestimando a sua condição de homem.<sup>49</sup>

A preocupação com o “tratamento do preso” é recente na história e se vincula, “originariamente, ao direito penitenciário”, de acordo com Yolanda Catão e Elisabeth Sussekind.<sup>50</sup>

O direito penitenciário “surge com o desenvolvimento da instituição prisional”, que só no final do século XVIII, destacam Yolanda Catão e Elisabeth Sussekind<sup>51</sup>, “passa a ser, fundamentalmente, o local de execução de penas”, uma vez que “a pena privativa de liberdade institucionalizava-se como a principal sanção penal”. Continuam as referidas autoras<sup>52</sup>:

Nascem, então, as primeiras reflexões sobre a organização das casas de detenção e sobre as condições de vida dos detentos. Não obstante, trata-se ainda de idéias embrionárias que só serão desenvolvidas e amadurecidas bem mais tarde (século XIX).

A instituição da pena privativa de liberdade repousa nos ideais humanitários - ainda iniciantes na época do Renascimento até metade do século XVII -, com vistas a substituir a pena de morte e as penas corporais<sup>53</sup>, freqüentes nas Idades Antiga e Média.

Destaca Cristiano Álvares Valladares do Lago<sup>54</sup> que, durante a Idade Média, os delinqüentes ficavam confinados e esquecidos em calabouços, aguardando praticamente a morte. Além do confinamento, eram aplicadas as penas públicas de amputação de braços, pernas, extirpação de olhos, queima da carne com fogo, e a morte (por meio da forca, fogueira, afogamen-

<sup>48</sup> OLIVEIRA, Edmundo. **Direitos e deveres do condenado**, op. cit., p. 1.

<sup>49</sup> A idéia de que os presos são desprovidos de direitos é antiga, por isso, importante a reflexão sobre as sábias palavras de Heleno Cláudio Fragoso quanto ao olhar social preconceituoso: “O condenado é maldito (*sacer esto*) e, sofrendo a pena, é objeto da máxima reprovação da coletividade, que o despoja de toda a proteção do ordenamento jurídico que ousou violar”. E continua: “O criminoso é execrável e infame, servo da pena, perde a paz e está fora do direito”. (FRAGOSO, Heleno Cláudio; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 1)

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>53</sup> Cf. LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. A evolução da sanção penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 792, p. 483-484, out./2001.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 482.

to, estrangulamento, arrastamento, arrancamento das vísceras, enterramento em vida, etc.), “oportunidade em que, a multidão, ávida de distrações bárbaras, se divertia com o sofrimento alheio, caracterizando um sistema punitivo desumano e ineficaz, sob a influência penitencial canônica”.

Com o decorrer do tempo, acrescenta o mencionado autor<sup>55</sup>, “as crueldades praticadas em nome de um direito penal absolutista acabaram por fomentar a insatisfação e a não aceitação por parte da população, principalmente à vista do caráter público e do espetáculo que caracterizava as execuções”.

Esse cenário de predomínio do arbítrio judicial e da excessiva crueldade das penas propiciou um movimento de reforma do sistema punitivo, que atingiu seu ápice na Revolução Francesa (1789), influenciando uma série de pessoas com o mesmo sentimento, tais como: Cesare Bonesana (o Marquês de Beccaria), John Howard e Jeremy Bentham, principais propulsores do denominado Período Humanitário.<sup>56</sup>

Em 1764, Cesare Bonesana, filósofo imbuído dos princípios pregados por Voltaire, Rousseau e Montesquieu, publicou em Milão a obra *Dos Delitos e Das Penas*, um pequeno livro que se tornou o símbolo da reação liberal ao desumano sistema penal da época<sup>57</sup>, inconciliável com o propósito de recuperação dos delinqüentes.

Beccaria combateu violentamente o direito punitivo vigente, especialmente a pena de morte, as penas infamantes, a tortura, o procedimento inquisitorial, pregando a proteção processual do acusado.<sup>58</sup> Defendia o princípio da estrita legalidade, da proporcionalidade entre a infração e a pena, e, da humanização do direito penal.

Nesse diapasão, merece destaque o primoroso conceito de pena deixado por Beccaria: “para que a pena não seja a violência de um ou de mui-

---

<sup>55</sup> LAGO, op. cit., p. 484.

<sup>56</sup> Cf. LAGO, op. cit., p. 484-485.

<sup>57</sup> Nesse sentido: BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. 4. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1. p. 10; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1. p. 52; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. Atualizada por Renato N. Fabbrini. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.1. p. 20.

<sup>58</sup> Cf. GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1978. v. 1. t. 1. p. 44.

tos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei.”<sup>59</sup> A finalidade da pena, no seu entendimento, era apenas a de evitar que o criminoso causasse novos males e que os demais cidadãos o imitassem, sendo tirânica toda punição que não se fundasse na absoluta necessidade.

Paralelamente ao movimento iniciado por Cesare Bonesana na Itália, surgiu outro na Inglaterra, encabeçado por John Howard.

Em 1777, Howard publicou a obra *O Estado das Prisões na Inglaterra e País de Gales*, na qual defendeu um sistema de tratamento para os presos baseado na reforma moral, por meio da religião, do trabalho, da separação individual e, sobretudo, de um regime alimentar e higiênico. A obra de John Howard constituiu-se, assim, no marco da luta para alcançar a humanização das prisões e a reforma do delinqüente.<sup>60/61</sup>

À semelhança de John Howard, Jeremy Bentham voltou suas preocupações aos problemas penitenciários.

Bentham fez sérias críticas aos castigos desumanos impingidos aos delinqüentes em sua obra *Tratado das Penas e das Recompensas* (1791). Para ele, a utilidade da pena estava relacionada à produção de benefício e, por isso, fundamentou sua teoria da pena no utilitarismo.

Além disso, Bentham elaborou o projeto arquitetônico de uma penitenciária modelo para a fiscalização dos presos pelos magistrados. Esse projeto era constituído por dois edifícios adjacentes de onde se teria uma vi-

<sup>59</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 139.

<sup>60</sup> Cf. BITENCOURT, op. cit., p. 42; SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 33.

<sup>61</sup> Segundo Cezar Roberto Bitencourt, “Embora não tenha conseguido transformações substanciais na realidade penitenciária do seu país, é inquestionável que suas idéias foram muito avançadas para o seu tempo. Insistiu na necessidade de construir estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena privativa de liberdade, sem ignorar que as prisões deveriam proporcionar ao apenado um regime higiênico, alimentar e assistência médica que permitissem cobrir as necessidades elementares. (...) Howard assinalou, quiçá por vez primeira, a conveniência da fiscalização por magistrados da vida carcerária. (...) Howard soube compreender a importância que tinha o controle jurisdicional sobre os poderes outorgados ao carcereiro. Tinha consciência da facilidade com que se pode cometer abusos e práticas desumanas no meio carcerário”. (BITENCOURT, op. cit., p. 42)

são dos presos sem que estes percebessem que estavam sendo observados. Denominou-o de *panótico*, que significa em uma só palavra “utilidade essencial”, retratada na faculdade de ver em um olhar tudo o que nele se faz.<sup>62</sup>

Mesmo com o advento do Período Humanitário, os relatos dos séculos XVIII e XIX “são fartos em detalhes da imundície em que viviam os presos, relegados à caridade ocasional, a despeito da evolução doutrinária que conheceu o direito penal”, afirma Luís Carlos Valois.<sup>63</sup>

Com efeito, observa Armida Bergamini Miotto<sup>64</sup> que se no início do século XIX o princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege*) “só abrangia a cominação e a aplicação da pena, pelo desenvolvimento, veio abrangendo, passou a abranger, a execução, ou melhor: a dicotomia execução-cumprimento da pena”.

Dessa forma, ressalta Luís Carlos Valois<sup>65</sup>, lentamente foi sendo difundida a necessidade de conscientização sobre o tratamento e os direitos dos presos, vencendo “a barreira de uma cultura milenar de ódio ao encarcerado”.

Preocupação, ainda incipiente, quanto à discussão sobre o “tratamento do preso”, no âmbito internacional, foi sentida, de acordo com Armida Bergamini Miotto<sup>66</sup>, no final do século XIX, em 1880, ano em que foi organizada a Comissão Internacional Penitenciária – CIP, motivada, segundo Edmundo Oliveira<sup>67</sup>, pela Escola Clássica.<sup>68/69</sup>

<sup>62</sup> Nesse sentido: BITENCOURT, op. cit., p. 43-45; SIRVINSKAS, op. cit., p. 34-35.

<sup>63</sup> VALOIS, Luís Carlos. **Saúde, Drogas e repressão**. Disponível em: <[www.mj.gov.br/depen/publicacoes/luis\\_carlos\\_valois.pdf](http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes/luis_carlos_valois.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2007.

<sup>64</sup> MIOTTO, op. cit., p. 40.

<sup>65</sup> VALOIS, op. cit.

<sup>66</sup> MIOTTO, op. cit., p. 105.

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Edmundo. A fundação internacional penal e penitenciária da ONU – evolução histórica. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 12, n. 147, p. 16, fev./2005.

<sup>68</sup> A Escola Clássica floresceu inspirada nos postulados do Iluminismo, constituindo bandeira contra o absolutismo da época em defesa dos direitos dos homens. Teve como mestre insuperável Francesco Carrara, que retomou as idéias de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, sintetizadas na obra *Dei Delitti e Delle Pene*.

<sup>69</sup> A época contemporânea do Direito Penal (séculos XIX e XX) é marcada pela luta das Escolas Penais, as quais procuraram desenvolver uma doutrina especial sobre as questões relacionadas à etiologia do crime, aos fundamentos e objetivos do sistema penal. As Escolas Penais são, segundo Luiz Regis Prado, “inúmeras correntes de pensamento estruturadas de forma sistemática, conforme determinados princípios fundamentais” sobre a legitimidade do direito de punir, a natureza do delito e sobre a finalidade das sanções. (PRADO, Luiz Regis.

Essa Comissão Internacional teve como incumbência, dentre outras, a realização dos Congressos Penitenciários Internacionais, encarregados da difusão dos direitos que declaravam.

O primeiro dos Congressos Penitenciários Internacionais tinha sido realizado em Londres, no ano de 1872, e o segundo, em Estocolmo, em 1878. O terceiro, já organizado pela CIP, ocorreu em 1885, na cidade de Roma. A partir daí, foram realizados outros Congressos, intercalados provavelmente por cinco anos.<sup>70</sup>

Em 1929, a CIP ampliou seu âmbito de ação e modificou sua denominação para Comissão Internacional Penal e Penitenciária – CIPP.<sup>71</sup>

Assevera Heleno Cláudio Fragoso<sup>72</sup> que, nesse mesmo ano, a CIPP elaborou e, em 1933, reviu um conjunto de regras para o tratamento do preso, aprovadas pela Liga das Nações em 1934. Yolanda Catão e Elisabeth Sussekind<sup>73</sup>, todavia, afirmam que as Regras Mínimas “Foram elaboradas, em primeira versão, pela Comissão Internacional Penal e Penitenciária (1903) e, mais tarde, adotadas pelas Ligas das Nações (1933), após reformulação dos princípios e normas originariamente estabelecidas”.

Na cadeia histórica internacional de preocupação com o preso, verificamos que, em 03/07/1951<sup>74</sup>, a CIPP foi dissolvida, passando à Organização das Nações Unidas – ONU a incumbência de realizar os Congressos Internacionais abordando a temática “direitos dos presos”.

Destaca Armida Bergamini Miotto<sup>75</sup> que com o patrimônio da CIPP foi constituída a Fundação Internacional Penal e Penitenciária – FIPP, sediada de forma permanente em Berna, Suíça, e instalada “com a finalidade de estimular o estudo quanto à prevenção do delito e tratamento dos delinqüentes,

---

**Curso de direito penal brasileiro: parte geral.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1. p. 60)

<sup>70</sup> Cf. MIOTTO, 1975, p. 105.

<sup>71</sup> Cf. FRAGOSO; CATÃO; SUSSEKIND, 1980, p. 17; MIOTTO, 1975, p. 105.

<sup>72</sup> FRAGOSO; CATÃO; SUSSEKIND, op. cit., p. 17.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>74</sup> Cf. OLIVEIRA, Edmundo. A fundação internacional penal e penitenciária da ONU – evolução histórica. op. cit., p. 16.

<sup>75</sup> MIOTTO, op. cit., p. 105.

particularmente por meio de pesquisa científica, publicações e ensino (ciclos de estudo)”.

Em dezembro de 1951, a Assembléia Geral da ONU aprovou, por unanimidade, “o Estatuto da FIPP como entidade *sui generis* no mundo”, destaca Edmundo Oliveira.<sup>76</sup>

Em 1955, de 22 de agosto a 03 de setembro, foi realizado pela ONU, em Genebra, o I Congresso para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente.<sup>77</sup> Nesse Congresso, foi aprovada pela ONU uma nova versão para as regras elaboradas anteriormente pela CIPP e aprovadas pela Liga das Nações, chamada de Regras Mínimas para o Tratamento do Preso.<sup>78</sup> A ONU ocupou-se, a partir de então, com o aperfeiçoamento e implementação desse grandioso documento.

Em 1957, o Conselho Econômico e Social, em sua Resolução 663C (XXIV), de 31 de julho, recomendou que o Secretário Geral da ONU fosse informado, a cada 05 (cinco) anos, dos progressos feitos pelos governos na aplicação de tais Regras. Porém, somente no IV Congresso sobre a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, realizado em Kioto, Japão, no ano de 1970, a ONU retomou o tema, examinando a natureza e o escopo das Regras Mínimas, em especial os aspectos relacionados aos direitos humanos.

Resultou daí, conforme Heleno Cláudio Fragoso<sup>79</sup>, a Recomendação da Assembléia Geral, por meio da Resolução nº 2.858 (XXVI), de 20/12/1971, para que todos os Estados-membros implementassem as Regras Mínimas na administração de instituições penais e correcionais.

Foi sugerida, ainda, durante o IV Congresso sobre a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, a formação de um grupo de trabalho res-

---

<sup>76</sup> OLIVEIRA, Edmundo. A fundação internacional penal e penitenciária da ONU – evolução histórica. op. cit., p. 16.

<sup>77</sup> Cf. MIOTTO, op. cit., p. 105.

<sup>78</sup> Segundo Heleno Cláudio Fragoso, “As regras mínimas são importantes, apesar de suas notórias insuficiências e limitações, porque através delas procura-se preservar a dignidade do preso, protegendo-se, em base universal, os seus direitos humanos, impedindo que seja ele submetido a tratamento degradante e que lhe sejam impostas restrições e sofrimentos que não sejam inerentes à perda da liberdade”. (FRAGOSO; CATÃO; SUSSEKIND, op. cit., p. 18)

<sup>79</sup> FRAGOSO; CATÃO; SUSSEKIND, op. cit., p. 17.

ponsável pela avaliação das medidas adotadas pelos Estados-membros para efetivação das Regras Mínimas e seus resultados.<sup>80</sup>

Em 1972, quando da primeira reunião do grupo de trabalho, foram apresentadas conclusões sobre os progressos de implemento das Regras Mínimas. Em vários países foram fontes de inspiração de leis e regulamentos, mas, em contrapartida, obstáculos relevantes frustraram sua aplicação, tais como: “deficiente formação dos funcionários dos estabelecimentos penais (guardas, médicos, assistentes sociais...) (...) falta de financiamento adequado e a escassez de locais.”<sup>81</sup>

Por meio da Resolução nº 3.218 (XXIX)<sup>82</sup>, em 06/11/1974, a Recomendação de 1971 para adoção das Regras Mínimas pelos Estados-membros foi reiterada.

Em 1975, no V Congresso, realizado em Genebra, o tema “tratamento do preso” foi novamente incluído na agenda. Dos trabalhos resultou documento substancioso, afirmando que os presos devem continuar a gozar dos mesmos direitos que os outros cidadãos, exceto os que lhes forem retirados pela lei e os que resultarem do encarceramento.

Anota Edmundo Oliveira<sup>83</sup> que a FIPP, nos seus avanços,

vem desenvolvendo notável performance nos domínios das atividades de política criminal e de execução penal, seja na órbita dos sistemas penitenciários, seja na aplicabilidade de medidas alternativas apropriadas à reinserção social e ao aprimoramento moral dos infratores penais.

Ademais, em todas as Jornadas realizadas pela FIPP, desde 1955, há o compromisso com a ciência penitenciária e até mesmo penal, pois ela tem “o singular objetivo de fazer estudos, implementar pesquisas, realizar diagnósticos, elaborar pareceres técnicos e apoiar programas institucionais”, e, até mesmo, implementar “projetos essenciais ao esmero da segurança pú-

---

<sup>80</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>82</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>83</sup> OLIVEIRA, Edmundo. A fundação internacional penal e penitenciária da ONU – evolução histórica. op. cit., p. 16.

blica, da prevenção pedagógica do crime e da ressocialização dos delinquentes”, continua Edmundo Oliveira.<sup>84</sup>

Por fim, ressalta o mencionado autor<sup>85</sup> que dessas Jornadas Anuais são definidos os temas a serem abordados nos Congressos das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes, “realizados de 4 em 4 anos, sob a coordenação do Centro de Prevenção do Crime de Justiça Penal, sediado em Viena, Áustria”.

## 2. Regras Mínimas para o Tratamento do Preso

Observa Luis Garrido Guzmán<sup>86</sup> que a preocupação em elaborar um texto uniforme capaz de satisfazer às necessidades fundamentais dos reclusos teve como antecedente a obra *The state of the Prisons in England and Walles*, de John Howard, publicada na Inglaterra em 1777.

As Regras Mínimas para o Tratamento do Preso consagraram-se, de acordo com Yolanda Catão e Elisabeth Sussekind<sup>87</sup>, como a Declaração Universal dos Direitos do Preso Comum, uma vez que sua finalidade principal é “definir princípios fundamentais para o tratamento do preso, tendo em vista a proteção de seus direitos elementares enquanto pessoa humana”.

Alguns dos princípios elencados nas Regras Mínimas são alicerces básicos para que se atinjam as finalidades do sistema penitenciário.

O primeiro deles **veda qualquer tipo de discriminação**, seja por motivo de “raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou em qualquer outra situação” (item 6 das Regras Mínimas).

---

<sup>84</sup> OLIVEIRA, Edmundo. A fundação internacional penal e penitenciária da ONU – evolução histórica. op. cit., p. 17.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>86</sup> GARRIDO GUZMÁN, Luis. **Compendio de ciencia penitenciaria**. Valencia: Universidad, 1976. p. 26.

<sup>87</sup> FRAGOSO; CATÃO; SUSSEKIND, op. cit., p. 71.

O segundo princípio preceitua que **o tratamento dado aos presos não deve enfatizar sua exclusão da sociedade** (item 61 das Regras Mínimas). Além disso, prescreve o item 57 que:

A prisão e outras medidas cujo efeito é separar um delinqüente do mundo exterior são dolorosas pelo próprio fato de retirarem do indivíduo o direito à auto-determinação, privando-o da sua liberdade. Logo, o sistema prisional não deverá, exceto por razões justificáveis de segregação ou para a manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação.

Deve-se ter em mente que os presos, pelo fato de cumprirem penas, não ficam absolutamente desprovidos de seus direitos, mas, apenas, de alguns deles.

O terceiro, retratado nos itens 37 e 39 das Regras Mínimas, invoca a **importância do contato do preso com o mundo exterior**, o qual deve ter acesso a informações veiculadas pelos meios de comunicação, controladas pela administração do estabelecimento.

O quarto, previsto no item 60.1 das Regras Mínimas, retrata que **o tratamento aplicado aos presos deve incentivar o respeito à sua dignidade e o desenvolvimento do senso de responsabilidade**, ao determinar que:

O regime do estabelecimento prisional deve tentar reduzir as diferenças existentes entre a vida na prisão e a vida livre quando tais diferenças contribuírem para debilitar o sentido de responsabilidade do preso ou o respeito à dignidade da sua pessoa.

O quinto princípio, por sua vez, exige a **individualização do tratamento como meio imprescindível à consecução dos fins da pena privativa de liberdade** (itens 63 e 69 das Regras Mínimas – grifo nosso):

63.

1. Estes princípios exigem a individualização do tratamento que, por sua vez, requer um sistema flexível de classificação dos presos em grupos. Portanto, convém que os grupos sejam distribuídos em estabelecimentos distintos, onde cada um deles possa receber o tratamento necessário.

2. Ditos estabelecimentos não devem adotar as mesmas medidas de segurança com relação a todos os grupos. É conveniente estabelecer diversos graus de segurança conforme a que seja necessária para cada um dos diferentes grupos. Os estabelecimentos abertos - nos quais inexistem meios de segurança física contra a fuga e se confia na autodisciplina dos presos - proporcionam, a presos cuidadosamente escolhidos, as condições mais favoráveis para a sua readaptação.

3. É conveniente evitar que nos estabelecimentos fechados o número de presos seja tão elevado que constitua um obstáculo à individualização do tratamento. Em alguns países, estima-se que o número de presos em tais estabelecimentos não deve passar de quinhentos. Nos estabelecimentos abertos, o número de presos deve ser o mais reduzido possível.

4. Ao contrário, também não convém manter estabelecimentos demasiadamente pequenos para que se possa organizar neles um regime apropriado.

69. Tão logo uma pessoa condenada a uma pena ou medida de certa duração ingresse em um estabelecimento prisional, e depois de um estudo da sua personalidade, será criado um programa de tratamento individual, tendo em vista os dados obtidos sobre suas necessidades individuais, sua capacidade e suas inclinações.

As Regras Mínimas asseveram, ainda, a **presunção de inocência de que goza o indiciado** (item 84.2) e que este **deve aguardar a decisão judicial em lugar distinto dos que se encontram os condenados** (item 85).

**Os locais de detenção**, segundo as Regras Mínimas – item 10, **devem satisfazer os requisitos mínimos de higiene, ventilação e espaço**, e os detentos devem ter **acesso à água e objetos de higiene necessários à manutenção de sua saúde e limpeza** (item 15).

A **alimentação dos detentos**, de acordo com as Regras Mínimas, **deve ser de “boa qualidade”** (item 20), e os estabelecimentos penitenciários devem oferecer à população carcerária **serviços médicos e odontológicos qualificados** (item 22).

O **preso**, segundo o item 30 das Regras Mínimas, **não pode ser punido sem tomar ciência da infração que lhe é atribuída e sem ter oportunidade de apresentar defesa**. Ademais, **não são admitidos**, nos termos das referidas Regras, **castigos físicos, desumanos ou degradantes** (item 31), e a **pena de isolamento** como medida disciplinar (item 32.a).

Preceituam as Regras Mínimas, até mesmo, o **direito dos presos de fazerem solicitações ou reclamações diretamente ao diretor do esta-**

**belecimento ou ao seu representante, todo dia útil** (item 36). Isso proporciona uma diminuição no abuso de poder dos guardas carcerários e critérios mais rigorosos de escolha dos funcionários penitenciários, dada a importância dessa categoria para a funcionalidade do sistema (item 46).

Ademais, ressalta Armida Bergamini Miotto<sup>88</sup> que a ONU, ao adotar as Regras Mínimas, entendeu ser importante “acrescentar *Recomendações* a respeito dos seguintes pontos: - Recrutamento e formação do pessoal penitenciário; - Estabelecimentos penitenciários e correccionais abertos; - Trabalho penitenciário”.

As Recomendações aumentam os limites ditados pelas Regras Mínimas, passando, ambas, a constituir “fonte de informação muito fecunda e valiosa orientação para elaboração de normas penitenciárias”, complementa a autora.<sup>89</sup>

Salienta Heleno Cláudio Fragoso<sup>90</sup> que, apesar das Regras Mínimas serem de extrema importância à dignidade do preso, “(...) não têm caráter convencional, não podendo ser invocadas senão quando incorporadas ao direito interno”. Elas representam, apenas, o patamar mínimo que cada país, respeitadas suas condições específicas, deve observar na elaboração de suas normas sobre o “tratamento do preso”.

As Regras Mínimas, todavia, refletem os anseios e as necessidades da sociedade internacional do século XX, empenhada em retratar o preso como sujeito de direitos.

Em pleno século XXI, a ótica do passado já não condiz com a realidade atual. A sociedade mundial passa a questionar a eficácia do conteúdo das Regras Mínimas, que, apesar de assegurarem inúmeros direitos aos presos, não conseguiram, mesmo quando incorporadas aos ordenamentos internos, frear a reincidência e o aumento da criminalidade.

Dessa forma, diante das atividades criminais outrora inimagináveis e da ineficiência dos Estados em administrar pelos moldes tradicionais os efeitos perniciosos do crescente fenômeno criminal, já está inserida na agenda da

---

<sup>88</sup> MIOTTO, op. cit., p. 106.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 107.

<sup>90</sup> FRAGOSO; CATÃO; SUSSEKIND, op. cit., p. 18.

ONU a inevitável reformulação das Regras Mínimas, a fim de que possam retratar direitos e deveres dos presos compatíveis com o agitado processo de globalização.

## Referências

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. 4. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1978. v. 1. t. 1.

GARRIDO GUZMÁN, Luis. **Compendio de ciencia penitenciaria**. Valencia: Universidad, 1976.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. A evolução da sanção penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 792, p. 477-500, out./2001.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Curso de direito penitenciário**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. Atualizada por Renato N. Fabbrini. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.1.

OLIVEIRA, Edmundo. A fundação internacional penal e penitenciária da ONU – evolução histórica. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 12, n. 147, p. 16-17, fev./2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos e deveres do condenado**. São Paulo: Saraiva, 1980.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VALOIS, Luís Carlos. **Saúde, Drogas e repressão**. Disponível em: [www.mj.gov.br/depen/publicacoes/luis\\_carlos\\_valois.pdf](http://www.mj.gov.br/depen/publicacoes/luis_carlos_valois.pdf). Acesso em: 28 fev. 2007.

## De sobreviventes a construtores: uma longa jornada

Andrey Vilas Boas de Freitas<sup>91</sup>

### 1. Introdução

Há duas formas de viver a vida: uma é típica dos sobreviventes e está baseada na idéia de reagir de forma eficiente ao ambiente à sua volta, procurando sempre ter a melhor resposta ao desafio apresentado; a outra é característica dos construtores, que imaginam a realidade que desejam e mobilizam os recursos e os esforços necessários para fazer essa realidade surgir.

Nós, brasileiros, somos e sempre fomos sobreviventes. Para alguns isso pode parecer um auto-elogio. Não é. Não somos sobreviventes porque temos carências de recursos naturais; não somos sobreviventes porque nos falta criatividade e capacidade intelectual para pensar no novo – nossos carnavais são a prova disso. Somos sobreviventes porque escolhemos há muito tempo sermos assim e continuamos mantendo essa escolha.

Escolhemos ser sobreviventes em diversos momentos da nossa história. Não lutamos de verdade por nossa independência, libertamos nossos escravos no apagar das luzes da escravidão, trocamos nossa monarquia por uma república que é menos democrática em vários aspectos do que o governo de D. Pedro II.

Levamos quase meio século para igualarmos em anos os períodos de governo democrático e de ditadura em nosso regime republicano. Vivemos a era da informação com um dos piores sistemas educacionais do mundo, mesmo se comparado a outros países no mesmo nível de desenvolvimento que o nosso. Aceitamos a corrupção como parte integrante e funcional de nosso sistema político, mesmo quando a imprensa apresenta fatos estarrecedores.

De onde vem a corrupção instalada em nossa sociedade? Da nossa formação histórica e cultural? De uma elite que impõe valores distorcidos ao resto da população? Quem é mais desonesto: o político que desvia verba de programas públicos para o seu bolso ou o morador do subúrbio que faz um "gato" na rede de energia elétrica? Fome, frio, desemprego justificam o roubo? Deveriam justificar? E cobiça? Preguiça é um delito menos grave que inveja? Ambição é um motivador para o sucesso? Ela deve ter limites? Se deve, até onde ela deve ir? Se não, vale qualquer coisa? O que esperar de nosso futuro nessas condições? Continuaremos a ser sobreviventes? Ou será que temos chance de tentarmos nos tornar construtores?

Alguns podem perguntar: “por que mudar? Por que deixarmos de ser sobreviventes e nos tornarmos construtores?”. A resposta é que vivemos em um mundo que se tornou cada vez mais próximo, cada vez mais rápido, cada vez mais desafiador para a inventividade humana. Chegamos ao espaço, desenvolvemos formas de nos comunicarmos instantaneamente mesmo a quilômetros de distância, criamos instrumentos para aniquilarmos nossos adversários (e a nós mesmos) milhares de vezes. Estamos a um passo de efetivamente criarmos outras vidas, sejam artificiais, sejam semelhantes a nós mesmos.

---

<sup>91</sup> O autor é economista, graduado pela Unicamp, mestre em Administração Pública pela Universidade de Brasília (UnB), servidor público federal da carreira de gestores governamentais desde 1996 e aluno do primeiro semestre do curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta.

E é nesse ponto – quando nossa inventividade nos levou a sermos capazes de criar tudo que desejamos – que nos deparamos com a questão de deixarmos de ser sobreviventes e nos tornarmos definitivamente construtores. Vivemos um momento de decisão como talvez nunca tenhamos enfrentado antes, pois agora o que encaramos são os resultados de nossas escolhas. Não é mais a natureza à nossa volta que nos oprime e nos mantém encolhidos em nossas cavernas, mas nossas próprias criações. Nosso desafio não é mais o desconhecido, mas o conhecido. Como lidar com a sociedade que construímos, que isola e exclui os indivíduos? Como lidar com nossa força produtiva, que consome recursos sem se preocupar com sua reposição? Como enfrentar a crescente intolerância que surgiu com a maior proximidade física e material entre povos e culturas diferentes?

A resposta é tão simples quanto complexa, por mais paradoxal que isso possa parecer. É preciso aprender a sonhar. Não sonhos de conquista, mas sonhos de grandeza. É preciso descobrir o caminho dos construtores, mesmo que para isso o novo deva ser construído sobre a implosão do que já temos.

Este texto se propõe a discutir o novo, a balançar a árvore tentando derrubar os macacos. Queremos deixar de ser coletores do possível, sobreviventes num abismo que nos separa entre “nós” e “eles” – sem que saibamos ao certo quem são “eles”. Nossa luta é para encontrar um novo caminho, no qual possamos construir o amanhã a partir de agora.

## 2. Um novo olhar

Nosso corpo é uma máquina perfeita. Graças a ele, somos capazes de realizar atividades tão diferentes quanto respirar, falar, andar e pensar ao mesmo tempo. É uma máquina tão precisa que estrutura até rotinas de apoio às nossas atividades principais.

Se tivéssemos que pensar sobre todas as funções do nosso corpo, provavelmente não seríamos capazes nem de abrir os olhos ao mesmo tempo que respiramos. Para nos ajudar, nosso cérebro “delega” algumas funções para áreas menos nobres do nosso sistema nervoso, deixando os neurônios para atividades complexas como responder à pergunta “Querido, eu engordei?”. Enquanto o cara sua frio tentando decidir qual a melhor rota de fuga nessa situação, seu coração continua batendo, seus olhos piscam, seus pulmões respiram, sem que ele sequer esteja consciente disso. Ele só consegue fazer tudo isso porque nosso cérebro se concentra naquilo que é mais importante e transforma em rotina secundária as atividades de “apoio” ou “manutenção”.

O problema é que nosso cérebro faz isso também com as nossas escolhas. Se escolhemos dar importância a algumas coisas e não a outras, nosso cérebro vai registrar conscientemente os fatos importantes e deletar ou ignorar aquilo que consideramos bobagem. Com o tempo, nem enxergamos mais conscientemente certas coisas.

Nossas escolhas determinam o que vemos e o que não vemos, o que ouvimos e o que não ouvimos e nosso cérebro grava essa seleção. Depois, repete infinitamente, até que sejamos capazes de mudar essa seleção. E será que somos, depois de muitos anos? Talvez.<sup>92</sup>

Exemplo: qual a cor dos olhos da faxineira que limpa o escritório onde você trabalha? Para quem respondeu “que faxineira?” uma dica: gnomos não limpam escritórios.

---

<sup>92</sup> Existe um filme muito interessante sobre o tema: “Click”, com Adam Sandler.

Nosso primeiro esforço para que possamos nos tornar construtores é mudar nossa forma de olhar a realidade. Temos que alterar nossas escolhas, redefinir os itens que são considerados importantes e redescobrir nossa capacidade de ver o mundo.

Para tanto, tem que haver uma limpeza da mente. Um *reset* em nossos julgamentos, uma tentativa honesta de reformatar nossos conceitos e aprender de forma diferente. Podemos começar reparando na cor dos olhos da faxineira, descobrindo o nome da esposa daquele colega de trabalho com quem nunca falamos, prestando atenção ao som que um beijo na bochecha de nossas mães faz, comendo pizza de um sabor que nunca comemos antes.

Em vez de uma pausa para o café, fuja todos para a rua, para olharmos o céu. O caminho dos construtores exige a capacidade de imaginar o novo, pensar respostas diferentes para os mesmos problemas. Temos que aprender tudo novamente, como uma criança e seus porquês. Afinal, se o mundo muda, se as nossas relações mudam, se até nosso corpo muda com o passar dos anos, não dá para imaginar que vamos continuar aprendendo sempre do mesmo jeito durante toda nossa vida.

Será que esse processo de mudança na forma de aprender acaba um dia? Será que precisamos encontrar sempre um modo mais competente de analisar a realidade à nossa volta? Será que existe um limite para nossa evolução? Se existir, esse limite é determinado pelo quê? Pelo nosso talento, pelas nossas limitações físicas e mentais, pela nossa fé, pela nossa criatividade?

É difícil olhar e, ao mesmo tempo, identificar os filtros que usamos para escolher o que vemos. Especialmente quando a imprensa coloca filtros em nosso acesso à informação. Será que nossos filtros são escolhas nossas ou nos foram impostos por diversos "alguéns"? Será que, se ganharmos amanhã uma fortuna como herança de uma tia desconhecida, vamos olhar os delitos da mesma forma? Será que vamos achar absurda a desigualdade social? Será que podemos criticar quem nasceu rico, muito rico, numa realidade totalmente diferente da maioria? O indivíduo que nunca andou de ônibus pode entender o que significa para a população uma greve nos sistemas públicos de transporte? Tirando, claro, o fato de que o motorista dele vai gastar mais tempo para levá-lo ao colégio ou ao trabalho.

Quem está certo? Aquele que trabalha de forma honesta, mas em causa própria, ou aquele que trabalha de forma honesta pensando no benefício da coletividade? Egoísmo é a mesma coisa quando não temos nada para dividir e quando somos os mais ricos de todos? E humildade?

A resposta para essas perguntas está no individualismo. Ele condiciona a maioria (se não forem todos) os filtros que temos em nosso modo de ver o mundo. É o individualismo que nos faz sermos egoístas, corruptos, violentos, degradarmos o meio ambiente, desprezarmos os que são diferentes de nós.

Alguns podem dizer que o individualismo também nos faz ser ambiciosos e, quando estamos insatisfeitos com alguma coisa, nos faz buscar caminhos alternativos que levam à evolução. Essa é uma resposta que parece problemática desde a sua origem, porque parte de uma premissa ruim: a de que pensar em si mesmo é mais importante que pensar nos outros.

O individualismo fez com que toda a evolução que tivemos até agora em termos tecnológicos, políticos e econômicos nos tornasse mais frios, mais distantes uns dos outros, piores como sociedade. É por isso que agora temos tanta preocupação com o social (temos mesmo?). Uma sociedade equilibrada precisaria de programas de transferência de

renda como o Bolsa Família? Ou de cotas nas universidades? Ou de filas de espera de 6 meses por uma consulta nos hospitais públicos?

A solução passa por um novo olhar. Um olhar que parte da premissa de que tudo – sem exceções – está conectado. Nossos pensamentos, nossas ações, nossas decisões SEMPRE afetam o mundo à nossa volta, mesmo que não tenhamos consciência disso. E se escolhemos mal, pior para todo mundo.

Mas o que é escolher mal? É priorizar a si mesmo em detrimento de todo o resto. Amar a si mesmo não pode significar escolher só o que é melhor para si mesmo, ou então não somos uma sociedade de fato, mas apenas um amontoado de indivíduos.

Temos que parar de acreditar em competição e passar a trabalhar com cooperação, que permita o pleno desenvolvimento do ser humano. Como fazemos isso? Cativando os outros! Trabalhando para romper as desconfianças, construindo pontes em vez de muros. Não se trata de caridade esporádica, nem freqüente, mas sim de mudança radical de padrões.

Nosso comportamento deve abraçar todo mundo. O garoto rico que é abandonado pelos pais em seu castelo e que cresce sem qualquer referência de comportamento sadio merece menos nossa atenção que o menino da favela que também não tem referências? Por quê? Quem disse que as posses materiais devem diferenciar quem está bem e quem está mal na sociedade? Os ricos que se virem e os pobres merecem auxílio? Esse raciocínio, por si só, afasta os ricos dos pobres. Somos todos iguais, somos todos irmãos, é isso o que dizem todas as religiões sérias do mundo. Nenhuma religião prega a violência, a discriminação ou a segregação como resposta. Isso é resultado da nossa interpretação individualista, mesquinha e egoísta.

O mundo mudou tanto e ainda enfrentamos os mesmos dilemas que os egípcios, os gregos e os romanos discutiam. Quando é que vamos abrir os olhos (as portas da alma) e vemos que está tudo muito errado? Enquanto houver seres humanos morrendo de fome, está errado. Enquanto houver seres humanos morrendo de doenças para as quais já temos remédios, está errado. Enquanto for mais importante nosso consumo imediato do que a sobrevivência do planeta, está errado. Enquanto acharmos que podemos progredir independentemente uns dos outros, está errado.

E como fazemos ficar certo? Mudando a forma como tomamos decisões, individual e coletivamente. Cativar os outros. Essa é a resposta. Mas é preciso lembrar da raposa, em *O Pequeno Príncipe*: cativar traz consigo responsabilidade. Cativar faz com que tenhamos que cuidar. E quando nos preocupamos em cuidar daqueles que cativamos, não temos tempo de pensar em nossos próprios umbigos. Talvez aí possamos mudar o mundo.

### 3. A busca do caminho do Bem: o bem comum<sup>93</sup>

Pensar nos outros nos faz imaginar as maneiras de trilharmos o caminho do Bem. Mas para tratar do tema devidamente, é necessário pensar sobre o que é o Bem.

Há quem ache que Bem é aquilo que é bom para ele como indivíduo, não importando os demais indivíduos. É o caso do sujeito que fura fila. Há quem ache que Bem é aquilo que é bom para ele desde que não prejudique os demais. O exemplo para isso é a

<sup>93</sup> O conceito de bem comum aqui utilizado é o mesmo apresentado por Dalmo de Abreu Dallari em sua obra *Elementos da Teoria Geral do Estado*.

idéia de furar o sinal vermelho num lugar deserto, de madrugada, onde corre-se o risco de ser assaltado. Há quem ache que Bem é aquilo que beneficia a todos, ele inclusive. O melhor exemplo parece ser a reciclagem de lixo.

Essas três opções revelam uma evolução natural do ser humano, do nascimento à maturidade:

- a) quando nascemos, temos dificuldade até para termos uma consciência do que somos nós e do que é a nossa mãe. Com o passar dos meses, aprendemos o que somos nós (física e emocionalmente) e o que é o resto do mundo. Até uns 7 anos de idade, nossa idéia de Bem é aquela primeira: é Bem o que for bom para mim;
- b) no final da infância, mas principalmente na adolescência, construímos nossa noção de socialização. Aprendemos a respeitar direitos alheios, descobrimos diferenças físicas e emocionais em pessoas próximas a nós, começamos a conhecer nossos limites e as conseqüências de nossas ações. O Bem é o que for bom para mim e não prejudicar os outros;
- c) quando chegamos à fase adulta, nossa consciência é plena, sabemos que nossos atos afetam o mundo ao nosso redor. Por isso, pensamos no Bem como aquilo que é bom para todos: família, colegas de profissão e outros grupos sociais de que participamos. Quanto mais velhos ficamos, mais nos preocupamos com nosso legado para as gerações futuras.

Mas se é assim, por que não somos todos iguais? Por que alguns de nós pensam da primeira forma, outros pensam da segunda forma e outros pensam da terceira? A resposta é educação. Não só educação formal, obtida nos bancos escolares, mas todo o conjunto de experiências que ocorreram na família, nos grupos de amigos, no trabalho, nos relacionamentos amorosos.

Essa mistura faz com que alguns indivíduos pensem como se ainda fossem crianças e queiram apenas a realização das suas vontades (eles até mentem como crianças, inventando estórias absurdas com bois de ouro e ignorância absoluta).

Outros indivíduos (e acho que a maioria de nós está aqui) vivem a vida tentando obter o melhor para si mesmos e não prejudicar os demais. Enxergam problemas, até reclamam deles, mas não modificam sua situação de conforto (churrasco no fim de semana, por exemplo) para lidar com problemas que não os toquem diretamente. "Eu não concordo e não ajudo a criar esses problemas, isso já é muito".

E há alguns, que normalmente lideram as grandes mudanças na História, que pensam no mundo todo. Gente como Mandela, Gandhi, Churchill e diversos ambientalistas que procuraram conscientizar o mundo da necessidade de mudar nossa forma de produzir e distribuir riqueza globalmente.

Esse raciocínio também pode ser aplicado a países:

- a) quando surge um país, é natural que ele se proteja do mundo exterior, seja em termos militares – protegendo seu território e seu povo –, seja em termos sociais e econômicos. Não há qualquer preocupação a não ser com o bem-estar nacional, não importa qual o custo disso para outros países. A idéia de Bem é aquela primeira: é Bem o que for bom para o país;
- b) quando o país começa a se desenvolver, começa a surgir a necessidade de se relacionar com outros países. O primeiro passo nesse sentido é dado por meio do comércio, que busca atender às necessidades nacionais pela troca com ou-

tros países. O intercâmbio comercial permite, então, perceber as diferenças lingüísticas, sociais, econômicas, jurídicas. O país começa a se dar conta de que se prejudicar outros sofrerá retaliações que afetarão seu bem-estar. Essas retaliações podem, inclusive, ser de cunho militar, o que pode afetar drasticamente a soberania daquele país. Por isso, o Bem é o que for bom para o país e não prejudicar os outros;

- c) quando o país completa seu desenvolvimento e sua sociedade atinge a maturidade, ele começa a se preocupar em como seus atos afetam o mundo e como isso tem impactos no futuro. Sua participação em fóruns internacionais muda: as questões tratadas ainda buscam o bem-estar de sua população, mas esse país agora se preocupa com outros. Surgem debates sobre direitos humanos em outros continentes, preservação do meio ambiente, integração cultural com países semelhantes e com histórias parecidas. O Bem é aquilo que é bom para todos, até porque disso depende a influência política do país no cenário internacional.

Mas se é assim, por que nem todos os países são iguais? Por que alguns pensam da primeira forma, outros pensam da segunda forma e outros pensam da terceira? A resposta está na evolução de cada um. Aqueles que trataram das questões básicas como saúde, segurança e educação nos primeiros anos podem se dedicar a questões mais complexas como desenvolvimento tecnológico, preservação ambiental e proteção aos direitos humanos em escala global. Aqueles que perderam algum desses pontos em sua evolução têm que lidar com questões básicas e questões complexas ao mesmo tempo, com as dificuldades óbvias em função da restrição de recursos e com o acúmulo de demandas de sua população.

Essa mistura faz com que esses países ajam como se ainda fossem países recém-criados: se fecham para o mundo, criam ilusões de grandeza a respeito de seu papel no cenário internacional e ocasionalmente chamam a atenção de outros países, seja por calamidades naturais, crimes hediondos ou mesmo por bravatas de natureza bélica. Alguns até são invadidos em nome de um "bem maior"...

Como achar o caminho do Bem? Aliás qual é o caminho do Bem? Num mundo globalizado, o caminho do Bem exige que nossas escolhas sejam, cada vez mais, direcionadas para o bem comum, para o bem-estar coletivo. Estamos todos interligados e só podemos avançar se todos crescermos juntos. Mas para isso, temos que tirar de nossa consciência a idéia de competir em tudo, a inveja pelo sucesso alheio e, principalmente, aquele sentimento mesquinho de que merecemos algo mais do que os outros. Se pensarmos sempre no coletivo quando tomarmos nossas decisões, nossos atos serão melhores. Jogaremos um jogo em que todos ganham, em vez de jogarmos um jogo em que muitos perdem para alguns ganharem.

Entretanto, diferentemente dos indivíduos, os países necessitam de mais tempo e de mais esforço para mudarem suas consciências e suas ações. É difícil recuperar décadas de atraso e trabalhar ativamente na construção de uma nova realidade. A solidariedade entre países ainda é mais precária do que a solidariedade entre os indivíduos.

Não há como obrigarmos os indivíduos a se comportarem dessa forma. Nem a lei consegue isso, e as sanções que enchem presídios revelam que há algo de errado quando a população carcerária é maior que a da maioria dos municípios brasileiros. Não há como obrigarmos países a se comportarem de certa forma. Os Estados Unidos se recusaram a assinar diversos tratados de proteção ambiental. A Europa trabalha para integrar seus membros, mas rejeita estrangeiros, mesmo aqueles vindos de suas ex-colônias. Ainda buscamos a guerra como solução para os conflitos. Como mudamos isso?

Temos que educar nós mesmos para que trabalhemos nossa consciência. Temos que acreditar de verdade que somos todos iguais – isso significa que temos que oferecer oportunidades de desenvolvimento para todos, europeus e africanos, chineses e americanos, brasileiros e bolivianos. E temos que combater tudo aquilo em nós que nos leva a não olhar para os outros antes de escolhermos qualquer coisa.

#### **4. Educação: transformando a idéia de bem comum em oportunidades**

É muito comum ouvirmos que educação muda a vida das pessoas, abre novas oportunidades, etc. Isso é sempre verdade? Eu diria que depende do que estamos falando.

Quando falamos de educação, estamos nos referindo ao conjunto de valores que recebemos da família? Se for isso, então a desestruturação familiar pode afetar nosso acesso à educação e comprometer nosso desenvolvimento como seres humanos e como profissionais.

Ou será que educação é o que aprendemos todos os dias com a vida? Se for isso, qualquer experiência nos ensina, mas o que aprendemos depende de como olhamos para aquelas experiências. Fome pode ser um incentivo ao roubo, mas também pode ser um incentivo para lutarmos por uma vida melhor de forma honesta.

Será que educação é o que aprendemos nos sistemas de ensino formais, sejam eles públicos ou particulares? Se for isso, aí temos alguns problemas. Primeiramente, só aprendemos valores nas escolas até os primeiros anos do jardim de infância. A partir do ensino fundamental, há uma concentração do ensino em aspectos técnicos (leitura, matemática, física, etc.). A socialização ocorrida nesse período é importante, mas perdemos aquelas atividades que nos fazem amar nossa pátria, nossa cidade, nossa comunidade. Quantas escolas realizam atividades que integrem seus alunos e funcionários à comunidade da qual fazem parte? Isso é tão raro que os poucos que fazem são premiados.

Em segundo lugar, é preciso discutir a qualidade do ensino. Se aprender só itens técnicos é ruim, aprender de forma precária é pior ainda. Fizemos um grande esforço nos últimos anos para ampliar o número de vagas nas escolas públicas – e isso é importantíssimo – mas não fomos capazes de manter a qualidade do ensino.

O que afeta a qualidade do ensino? Pesquisas do Ministério da Educação (MEC) e de diferentes universidades apontam que são vários os fatores que afetam a qualidade do ensino: estrutura física das escolas, capacitação dos professores, saúde dos alunos, material didático utilizado, pais que valorizam a educação, distância entre a escola e a casa dos alunos, dentre outros.<sup>94</sup> Como lidar com esse monte de variáveis? Só tem um jeito: atacando todas.

Há escolas no País que são apenas um telhado de zinco puxado do bar local com uns bancos de madeira embaixo (não é força de expressão, é verdade mesmo); há professores que não têm qualificação para ministrar as aulas e nem opções de capacitação próximas ou num custo que lhes permita melhorar seu nível técnico; há alunos que só comem quando há merenda na escola; há alunos que são retirados da escola porque são usados pelos pais como mão-de-obra na lavoura familiar que sustenta a todos.

---

<sup>94</sup> Sobre o assunto, consultar a página do INEP ([www.inep.gov.br](http://www.inep.gov.br)). Lá estão não apenas as estatísticas educacionais coletadas pelo Censo Escolar, mas também o resultado das avaliações realizadas pelo MEC em todos os níveis de ensino.

Felizmente, há esforços de melhoria do material didático utilizado, ainda que existam muitas dificuldades em sua regionalização. Um exemplo? Falar em alface para uma criança da região amazônica é como falar de neve para alguém do sertão do Piauí: está completamente fora de sua realidade. Se não há essa relação com a realidade, o aluno tem mais dificuldades de aprender o que está sendo ensinado.

Na verdade, educação é isso tudo: o que aprendemos da família, da vida (vida pode ser substituída por sociedade, dá na mesma) e nos sistemas de ensino. Qual o resultado? Se viemos de uma família bem estruturada, estudamos em escolas particulares (ou mesmo em algumas escolas públicas que são excelentes) e vivemos experiências que abrem nossa mente e nosso coração, temos todas as chances de sermos tudo que podemos e queremos ser. Por outro lado, se perdemos qualquer um desses elementos, nossas oportunidades se reduzem e, provavelmente, se reduzem também as oportunidades de nossos descendentes.

Qual o papel do Estado nisso tudo? Garantir que vamos ter oportunidades parecidas – já que iguais é impossível (as famílias não são iguais, nem nossas experiências pessoais ou escolares). Sem isso, falar em democracia é mesmo uma grande hipocrisia.

O Estado pode proteger as famílias, combatendo a violência doméstica, criando oportunidades de emprego para que os adultos sustentem a casa e as crianças possam estudar e oferecendo oportunidades educacionais para que todas as pessoas, de qualquer idade, possam obter conhecimentos.

E nós? Nós podemos nos engajar em projetos que ofereçam oportunidades para quem precisa, seja um aluno que não aprendeu a ler no momento certo, seja um estudante que não conhece uma realidade social diferente da sua.

## **5. Conclusões?**

Não há solução enquanto pensarmos que POVO é só quem é miserável, pobre, morto de fome. Não há solução enquanto pensarmos que POVO é analfabeto, burro, incapaz de tomar decisões. Não há solução enquanto pensarmos que POVO não inclui as chamadas "elites" nacionais, seja qual for a natureza dessas elites (social, econômica, intelectual ou política). Não há solução enquanto não voltarmos a acreditar que POVO somos todos nós.

Somos todos parte de uma coisa só. Estamos todos integrados e nossas ações se refletem mutuamente uns nos outros, como blocos de concreto criando ondas infinitas em um lago. O menor bater de asas que um de nós produzir pode se transformar em um furacão, se encontrar as condições certas de propagação. Somos todos POVO e é nossa responsabilidade – de todos nós – a forma como se usa o poder nesse país.

Nossa consciência tem que ser incluyente. O poder usado em nosso nome deve beneficiar a todos. Temos que parar de lutar só pelos direitos do nosso “grupinho” e olharmos de forma mais abrangente para a realidade. Temos que lutar pelo que é certo sempre, ainda que isso não nos beneficie diretamente em alguns momentos.

Não podemos aceitar mais uma elite intelectual que não lute diariamente por educação de qualidade para todos. Pesquisas recentes demonstram que nossos melhores alunos terminam o ensino médio com habilidades de leitura que, na média, deveriam ter no final do ensino fundamental. Alguns deles lêem no final do ensino médio da mesma forma que um aluno da quarta série do ensino fundamental. Essas pessoas não vão saber analisar

um contrato de trabalho e vão ter condições precárias de seguir instruções para darem um medicamento para seus filhos. Que sociedade é essa, pelamordedeus?

Não podemos aceitar mais uma elite econômica que vive em casas que poderiam ser estádios de futebol e que reclama da proximidade dos barracos da favela. Desigualdade econômica é um dos principais elementos que fortalecem a criminalidade e que fornecem soldados desesperados para chefes do crime organizado. Temos que lutar contra os privilégios que excluem a maior parte da população de condições mínimas de vida, como habitação, saneamento básico, emprego e transporte dignos.

Não podemos mais aceitar mais uma elite social que acha que é bonito defender interesses particulares, dos amigos, acima dos interesses da sociedade. Temos que aplaudir as qualidades das pessoas, mesmo que elas não façam parte do nosso círculo de amizades. Temos que voltar a acreditar que o trabalho é fonte de riqueza, não o apadrinhamento. Precisamos de mais suor e de menos trocas de cartões.

Como fazemos isso? Mudando nosso olhar. Sendo radicais contra as injustiças. Já disseram que o mais assustador não é a arrogância, a cretinice ou a violência dos maus, mas o silêncio dos bons (não foi com essas palavras, mas era esse o sentido). Chega de nos calarmos perante as injustiças, quaisquer que sejam elas. Das maiores às menores.

Chega de achar que não dá para fazer nada. Dá sim. Dá para se filiar a um partido político e tentar mudá-lo por dentro, mesmo que seja na cidade onde vivemos. Dá para exigir que o condomínio onde moramos adote práticas que protegem o meio ambiente. Dá para escrever periodicamente para os senadores e deputados, para os prefeitos e governadores e até para o Presidente da República exigindo aquilo que achamos que é correto. Dá para criar fóruns que discutam os problemas da sociedade em diversas associações de bairro, clubes e comunidades de todos os níveis sociais, desde que façam as pessoas refletirem sobre seus comportamentos.

É hora de retomar o poder. É hora de fazer com que o poder volte a ser exercido em nosso nome. Não é preciso pegar em armas para isso. Basta bater as asas. E espalhar os furacões.

## Referências

**Boff**, Leonardo . *Saber Cuidar* . São Paulo, Vozes, 1999, 1ª edição

**Boff**, Leonardo . *A águia e a galinha – uma metáfora da condição humana* . São Paulo, Vozes, 2002, 38ª edição

**Dallari**, Dalmo . *Elementos de Teoria Geral do Estado* . São Paulo, Saraiva, 1995, 19ª edição.

**INEP** – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira .  
[www.inep.gov.br](http://www.inep.gov.br)

**Saint-Exupery**, Antoine de . *O Pequeno Príncipe* . São Paulo, Agir, 2006, 48ª edição.

## **A PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA E A EDUCAÇÃO: UM DIREITO FUNDAMENTAL**

**Carlos Eduardo de Freitas Fazoli<sup>95</sup>**

### **Resumo**

O direito das pessoas portadoras de deficiência à educação tem natureza de direito fundamental. A sua prestação é responsabilidade do Estado e da sociedade, constituindo-se em um direito subjetivo. A educação deve ser prestada de forma completa, devendo suprir todas as necessidades dos educandos.

**Palavras-chave:** Educação. Portador de deficiência. Direito fundamental.

### **Abstract**

The right of the disabled to education is a fundamental right. It is the responsibility of the State and the society, consisting of a subjective right. Education must be provided in full to meet all the learners' needs.

**Keywords:** Education. The disabled. Fundamental rights.

O tema não é novo, mas nunca foi tão atual. Em um momento onde se discute educação continuada, cotas e qualidade do ensino superior, não podemos deixar de lado a questão específica da pessoa portadora de deficiência e a educação. Assim, este

---

<sup>95</sup> Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino – Bauru/SP, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Araraquara – UNIARA – Araraquara/SP, Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Padre Anchieta – Jundiá/SP, Professor de Direito Civil e Teoria Geral do Processo no Centro Universitário de Araraquara – UNIARA – Araraquara/SP e Procurador da Fazenda Nacional.

trabalho tem por objetivo mostrar, ainda que de forma perfunctória, o direito da pessoa portadora de deficiência à educação no Brasil.

Como será demonstrado, a educação é um direito fundamental. *A fortiori*, é um direito fundamental das pessoas portadoras de deficiência. Podemos, então, falar em deveres do Estado e da sociedade e direitos dos portadores de deficiências.

Com efeito, os direitos fundamentais possuem como característica, entre outras, a historicidade (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2005, p. 110). A sua evolução é no sentido da busca do bem comum (objetivo maior do Estado) e na proteção da dignidade da pessoa humana. A pessoa como um todo deve ser protegida e valorizada. É isso que sempre se buscou. Nesse sentido:

Os direitos fundamentais constituem algo a que venho chamando de elementos constitutivos do avanço do processo civilizatório, na medida em que trazem consigo a consciência de que os homens, todos os homens, são sujeitos de direitos; portanto, credores de condições mínimas de existência capazes de assegurar a sua dignidade, elemento essencial de identificação dos homens como seres do momento histórico ao qual pertencem. (RAMOS, 2005, p. 88)

Os direitos fundamentais possuem aplicação imediata nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição da República. Restou superada a teoria de que os princípios constitucionais são apenas programas de governo. Não. São verdadeiros mandamentos constitucionais aptos a concretizar direitos subjetivos e realizar materialmente as pretensões individuais e coletivas.

Não poderia ser diferente com a educação. Como direito fundamental, não pode ficar ao talante dos agentes públicos. Sua aplicação deve ser imediata e ampla, de tal

sorte a abranger todas as necessidades dos cidadãos. Estamos com Ramos, quando afirma que:

A Educação não entra na esdrúxula categoria da já superada concepção de normas programáticas. Normas e programas são conceitos incompatíveis. As normas não podem ficar à disposição das autoridades para a sua implementação, porque se assim fosse perderiam o seu carácter jurídico. Na verdade, caso se queira ainda utilizar a expressão normas programáticas esta deve ser entendida como normas cumpridas através de várias etapas, mas desde o primeiro dia de promulgação da constituição e não a partir do momento em que as autoridades acham possível e conveniente cumpri-las. (2005, p. 90-91)

Um ponto merece destaque. O simples oferecimento do ensino apenas sob o plano formal não é o bastante. É imperioso que o Estado e a sociedade ofereçam educação sob todos os aspectos demandados, possibilitando às pessoas uma existência digna.

Não basta, por outro lado, impor ao Estado a oferta da Educação Formal, já que educar não significa apenas transmitir conhecimentos que interessam a quem ensina. O processo de educação é antes de tudo um processo de consciência, daí ser condição de libertação do próprio homem, razão pela qual é considerado como direito humano fundamental. (RAMOS, 2005, p. 91)

No Brasil, já experimentamos problemas de falta de planejamento e busca de resultados imediatos. A educação deve ir além dos números. Precisa tocar a essência do ser humano, possibilitando a sua integração total na sociedade moderna.

A democratização da escola não se efetivou nem nos anos 30, nem nos anos 70, devido aos mesmos equívocos: a concepção de escola imediatista, subordinada

ao mundo da produção; o planejamento do sistema escolar vinculado à demanda imediata; o entendimento de que a necessidade de universalização do ensino se resolve ampliando o número de estabelecimentos escolares, aumentando de quantidade de ternos e criando programas de ensino rápidos e sumários. Essas estratégias são meios de ocultar o verdadeiro caráter elitista da escola, produzindo dentro de um único sistema escolar várias escolas. (COSTA, 2003, p. 132-133)

Nessa linha de pensar, o direito à educação das pessoas portadoras de deficiência decorre diretamente do direito à vida e à dignidade da pessoa humana. "As pessoas portadoras de deficiências têm direito à educação, à cultura, como forma de aprimoramento intelectual, por se tratar de bem derivado do direito à vida." (ARAÚJO, 1996, p. 51). Já tivemos a oportunidade de afirmar que "a Carta Magna direciona, portanto, no sentido da efetividade dos direitos fundamentais e na busca do bem-estar social." (2007, p. 4).

Como já dito, o direito à educação tem lastro constitucional. O artigo 6º da nossa Carta prevê expressamente que a educação constitui-se em um direito social. Por sua vez, reza o artigo 23 que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (inciso II) e proporcionar os meios de acesso à educação (inciso V). Mais adiante, verificamos no artigo 205 a previsão de que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. No que toca aos deficientes, prevê o artigo 208 que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de, entre outras, atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (inciso III).

Nesse ponto, a Constituição, no artigo 206, traz os princípios que devem nortear o ensino no Brasil, a saber: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade; e VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Nesse sentido o art. 206 da Constituição contempla a principiologia do ensino, princípios ricos, pródigos em cientificidade e largos em seus objetivos, que servirão de vetores para toda a atividade legislativa, administrativa e judiciária, não podendo nunca qualquer um dos titulares dessas atividades agir em desacordo com tais princípios. (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2005, p. 475)

Na esfera infraconstitucional, a educação está disciplinada pela Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Esta lei disciplina especificamente a educação especial, a qual é definida no artigo 58 como “a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais”. Destacamos que o § 2º desse mesmo artigo prevê que “o atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular” (parágrafo segundo).

Por sua vez, o artigo 59 estabelece que “os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais: I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades; II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados; III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns; IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora; e V - acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular”.

Neste ponto, precisamos fazer uma observação. O sistema de ensino deve ser apto a atender especificamente as necessidades de cada estudante. Cada deficiência demanda uma prestação positiva diferenciada. Como já observou Luiz Alberto David A-raujo:

Certas deficiências, no entanto, não apresentam qualquer necessidade de educação especial, como os fenilcetonúricos, por exemplo. As pessoas portadoras de deficiências de locomoção não necessitam, em regra, de educação especial, mas de transporte especial para chegarem até a escola. (ARAÚJO, 1996, p. 51)

Dessa forma, observamos que a educação constitui um direito, e o Estado e a sociedade têm o dever de assegurá-la a todos e, em especial, aos portadores de deficiên-

cia. Tal direito tem aplicabilidade imediata e precisa ser atendido em sua plenitude. Por ser um direito fundamental, preexiste à manifestação estatal, devendo o Poder Judiciário determinar a sua aplicação de plano nas hipóteses em que houver omissão.

O ensino das pessoas portadoras de deficiência deve ser ministrado precipuamente na rede regular de ensino, sendo a educação adaptada a cada deficiência e de forma independente. A ampla integração traz aspectos positivos a todos, à toda a sociedade.

A escola deve possibilitar uma educação integral. Mais do que o mero oferecimento de vagas, há o direito à efetiva prestação intelectual. Todos os aspectos da pessoa, como ser humano, devem ser atendidos. A busca pela inserção e valorização do portador de deficiência, para que este possa integrar-se de forma plena à sociedade, deve ser o objetivo da educação a ser prestada pelo Estado e pela sociedade.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Brasília: CORDE, 1996.

\_\_\_\_\_; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2007.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm)>. Acesso em: 05 jul. 2007.

COSTA, Áurea de Carvalho. A conquista dos direitos sociais no Brasil e o direito à educação. *Cadernos de direito: Cadernos do curso de mestrado em direito da Universidade Metodista de Piracicaba*. Piracicaba, SP, V. 2, n.4, p. 117-137, jan. – jun. 2003.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Em busca da efetividade dos direitos fundamentais. *Tribuna Imprensa*, Araraquara, SP, p. 4, 26 mai. 2007.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Idosos e direito à educação. *Revista de Políticas Públicas*. São Luís, v. 9, n. 2, p. 87-94, jul. – dez. 2005.