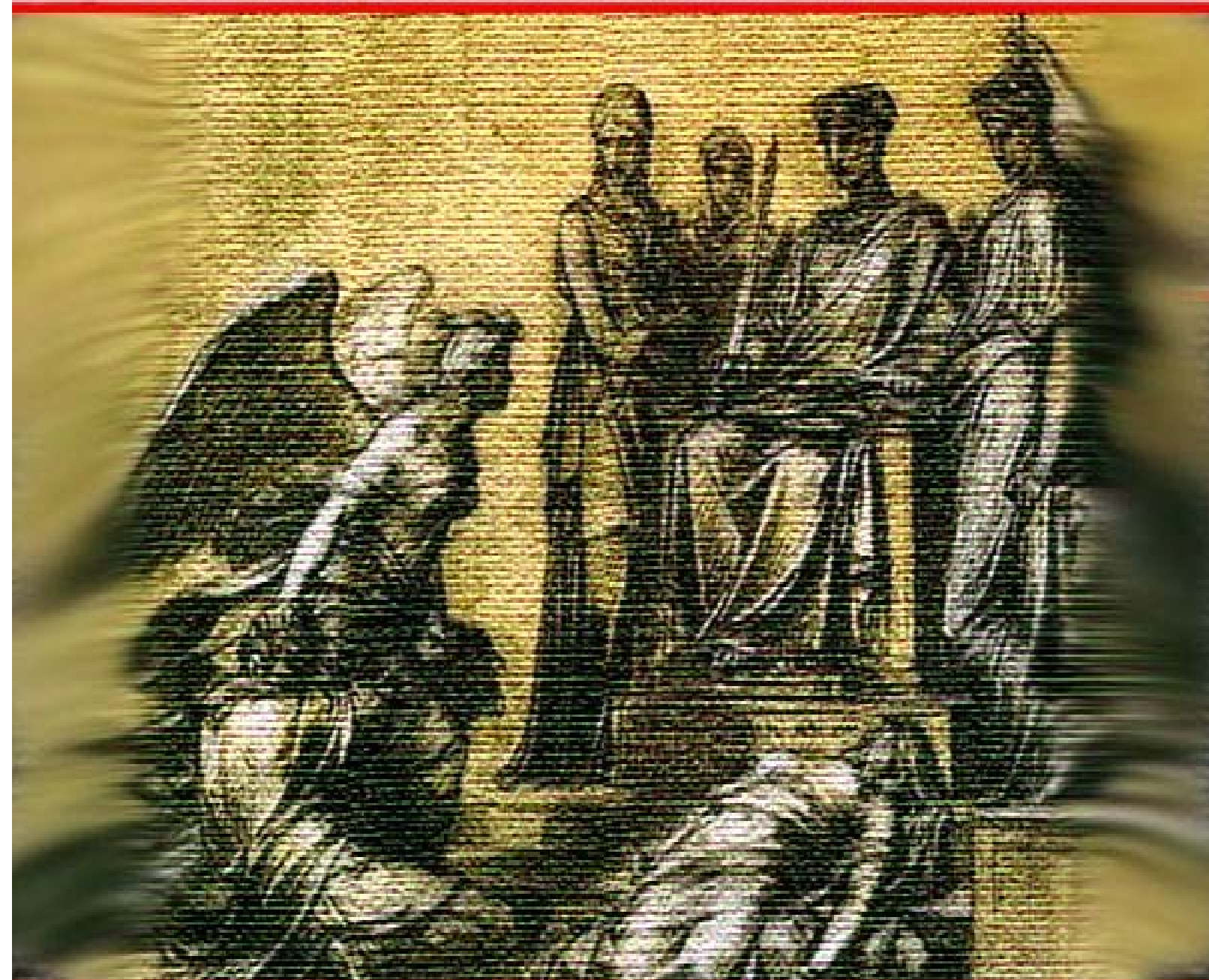




REVISTA DA fesp

periódico de diálogos científicos

ISSN 1982-0895



Abril de 2008 - Ano 1 - Nº 2

2ª edição

CATALOGAÇÃO NA FONTE

Biblioteca Universitária da FESP, João Pessoa – PB.

Revista da FESP: Periódico de Diálogos Científicos.
v. 2, n. 2, (abr. 2008). João Pessoa: FESP – Fundação de Ensino Superior da
Paraíba, 2008

ISSN 1982-0895

Semestral

1. Ciências do Direito Brasil – Periódicos.

I. Título. II. Fundação de Ensino superior da Paraíba – FESP

BU/FESP

CDU: 34(81)(05)

Os trabalhos publicados nesta edição são de inteira responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Como citar um artigo desta revista:

SOBRENOME DO AUTOR, nome do autor. *Título do artigo*. Revista da FESP: periódico de diálogos científicos. [online]. 2008, vol. 2, p. 00-00. Texto disponível em: <http://www.revistadafesp.com.br>. Último acesso: (preencha aqui com a data de último acesso ao site). ISSN: 1982-0895.

FUNDAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DA PARAIBA

REVISTA DA FESP: PERIÓDICO DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS.

ISSN: 1982-0895

EXPEDIENTE

Diretora Presidente: Maria Goretti de Assis Laier

Diretor Administrativo-pedagógico: Luiz Henrique Barbosa

Diretor Financeiro: Fábio Santiago Chaves

Coordenadorias

Coordenação do Curso de Direito: Bruno Teixeira

Coordenação de Prática Jurídica: Débora Peter

Coordenação de Monitoria e Estágio: Fernando Monteiro

Coordenação de Pesquisa e Extensão: Lucrécio Araújo de Sá Júnior

Direção Editorial

Lucrécio Araújo de Sá Júnior

Valéria Fernandes Pereira

Comitê Editorial Interno:

Antonio Carlos Iranlei *FESP*

Fernando Porto *FESP*

Fernando Monteiro *FESP*

Goretti de Assis Laier *FESP*

Luciana Vilar de Assis *FESP*

Lucrécio Araújo de Sá Júnior *FESP*

Raissa de Sena Xavier *FESP*

Socorro Menezes *FESP*

Wladimir Alcebíades *FESP*

Comitê Editorial Externo:

Alexandre Cavalcanti Belo – UFPB

Ana Rute Pinto Brandão - UFAL

Edísio Ferreira de Farias Júnior - UEPB

Gustavo Henrique Cordeiro Galvão de Souza – FAVIP/PE

Marco Antônio Martins – UFSC

Maríla Marques – UFCG

Rita de Cássia Souza Tabosa Freitas – FAVIP/PE

Sônia Barreto – UFSE

Sorainy de Oliveira Mangueira - UFAM

Sueli Arnoud - UFPB

Comitê Editorial Científico Discente:

Carlos Fernando *FESP*

Cristiane Gonçalves *FESP*

Fábio Matos *FESP*

Sandra Ferreira *FESP*

Valéria Fernandes Pereira *FESP*

Direção de Design Gráfico:

Valéria Fernandes Pereira *FESP*

Sumário

Atrás das grades: retrato das encarceradas do bom pastor

Maria Goretti Laier

7

As imagens da prisão: o desvendar de cotidianos

Cristiane Silva Gonçalves

14

Ética, direito e cidadania

Fernando Monteiro

29

A Justiça pela perspectiva da filosofia jurídica

Iverson Sheldon Lopes Duarte

43

Direito natural e Direito positivo: uma dicotomia ao longo do pensamento jurídico

Joaquim Pereira Da Silva Neto

52

Divergência de princípios em face do Artigo 156 do Código de Processo Penal e a atividade probatória do Juiz

Maria Virgínia Faro, Lucrécio Araújo De Sá Júnior

61

O regime geral de Previdência Social e sua importância para o trabalhador brasileiro

Irene Da Conceição De Freitas

81

Natureza jurídica, conteúdo e eficácia da decisão judicial no Mandado de Injunção

Raissa De Sena Xavier Vasconcelos Batista

98

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

108

EDITORIAL

Os estudos condensados neste volume relatam percursos, discutem idéias e oferecem contribuições de professores e alunos, pesquisadores e auxiliares, alguns vinculados ao **Programa Institucional de Iniciação Científica da Fesp Faculdades**. Os autores, em seus estudos e pesquisas realizadas, demonstram o desenvolvimento de habilidades e capacidades, ao suscitarem a apreensão de teorias, metodologias, atitudes e compromissos, contribuindo para a formação do pensar científico/filosófico.

Pesquisar numa IES é poder dialogar e trazer para a discussão da vida prática alguns elementos que ajudem a pensar o próprio processo de formação. Este volume da **Revista da FESP: Periódico de diálogos científicos** propõe-se, portanto, a socializar as múltiplas teorias e práticas desenvolvidas para o exercício de ações formadoras.

Os autores das reflexões aqui apresentadas acreditam que a inserção na atividade de pesquisa, digo mais propriamente a Iniciação Científica, é ao mesmo tempo a construção e um desafio para um novo aprendizado. Trabalhos desta natureza destacam a produção científica na vida acadêmica, qualificando-a como ação transformadora que pode fomentar a apropriação e a produção de conhecimentos socialmente relevantes.

Assim, aqui se apresentam conhecimentos capazes de refletir, modificar, conhecer a realidade social.

Lucrécio Araújo de Sá Júnior
Coordenador de Pesquisa e Extensão

ARTIGOS

Atrás das Grades: retrato das encarceradas do Bom Pastor

Maria Goretti Laier*

Resumo: Este estudo analisa a situação das encarceradas da penitenciária Bom Pastor, em João Pessoa, dentro de uma perspectiva de exclusão e de um recorte de gênero. A sociologia tem dado uma grande contribuição para a explicação do crime tendo como referências, as teorias dos clássicos Durkheim, Weber e Marx, e na atualidade, através das teorias de Foucault e Hirsch.

Palavras-chave: detentas, sistema prisional, sociologia do crime.

Introdução

Quem é a presidiária de João Pessoa? Qual a sua trajetória de vida? Quais as suas estratégias de sobrevivência uma vez encarceradas? Como percebem o delito cometido e a punição da sociedade? Quais os fatores que propiciaram o seu rompimento com a norma?

Com o intuito de desvendar estas e outras questões, o presente trabalho se propõe a diagnosticar a situação das apenadas na Penitenciária do Bom Pastor, localizada em Mangueira e que possui uma população de 290 mulheres, em um espaço com capacidade para 80 pessoas.

As manchetes de jornais, todos os dias, nos confirmam que o sistema carcerário está falido. Mudanças radicais neste sistema, assim como em outras estruturas do nosso país são prementes, pois as penitenciárias se transformaram em verdadeiras “usinas de revolta humana”, uma bomba-relógio que a sociedade brasileira e o próprio Estado brasileiro ajudou a criar.

A sociedade brasileira, subordinada às relações econômicas dos países de primeiro mundo, continua caracterizada pelo imenso gap social, combinada com uma pobreza

*Este trabalho é parte integrante do Grupo de *Iniciação Científica da FESP* composto por Sânia Assis, Érika Micheline, Fátima Silva, Bruno e Sandra Goreth. Sob orientação da Prof.^a Maria Goretti Laier, Doutora em Sociologia pela Universidade de Salamanca (Espanha), Mestre em Serviço Social (UFPB) e Especialista em Criminologia (Espanha) e Literatura anglo-americana (USA).

vertiginosa que se manifesta, através do crescimento inexorável da violência criminal urbana e da deturpação dos valores sociais nas grandes cidades. Neste prisma, a partir de 1989, a morte violenta tornou-se a principal causa de mortalidade no país, com índices de homicídio no Rio de Janeiro e Recife de 48 mortes para cada 100 mil habitantes, ou seja, 20 vezes mais do que o nível dos países europeus.

Neste sentido, a carência de qualquer rede de proteção social é responsável pela busca da juventude do “capitalismo de pilhagem” que ocorre nas ruas, nas palavras de Max Weber, a fim de realizar os seus desejos de consumo e de sobrevivência.

A repressão policial nesses últimos anos não tem tido o efeito esperado, nem tampouco o sistema penal, pois os motores dessa forma de criminalidade já criou uma economia e uma sociedade à parte, onde as instituições oficiais não existem ou nunca existiram. Pois, no Brasil a insegurança criminal tem a particularidade de ser agravada pela intervenção das forças da ordem, através do uso rotineiro da violência, da tortura, das execuções sumárias pela polícia civil e dos atos de vigilantismo pela própria sociedade civil.

¹ Assim, a violência no Brasil tem um recorte de classe e de estratificação étnico-racial baseada na pobreza e na cor levando o próprio sistema judiciário a também ser seletivo na aplicabilidade da pena, e o sistema policial na sua execução submetendo os apenados negros e pobres a penas mais pesadas do que um branco que comete o mesmo delito. Ademais o apenado negro e pobre, uma vez atrás das grades, também sofre mais violência e é menos beneficiado pelo sistema jurídico.

As abordagens da Sociologia sobre a questão em pauta não enxergam a falência do sistema prisional como um problema isolado, mas como um fenômeno que possui raízes na exclusão social e na pobreza, na historicidade e nas diversas formas de preconceitos existentes que servem para aferir o tipo de sociedade que é a brasileira.

Neste contexto, face a situação de anomia existente no Brasil, e ao caos reinante nas prisões do país, propomo-nos com este trabalho subsidiar o debate atual sobre o sistema presidiário brasileiro, sobretudo na cidade de João Pessoa, dando um enfoque de dentro para fora.

Nesta perspectiva, a sociologia empresta vários tipos de abordagem no estudo da criminologia, termo usado desde o século XIX no estudo do crime e do criminoso, mas que atualmente é identificado como Sociologia do Desvio ou Sociologia do Crime.

¹ Segundo dados da ONU em um estudo comparativo mundial, a polícia militar de São Paulo matou 1.470 civis em 1992; a polícia de Nova York 24 mortos e a de Los Angeles 25, no mesmo período.

É evidente a relevância e a repercussão deste tema perante a situação de violência urbana atual e nos presídios manifestada pelas manchetes diárias. É de extrema importância que se faça estudos e pesquisas sobre o tema em seus vários aspectos, com o intuito de ampliar e aprofundar o debate sobre essa questão e de contribuir com a legislação de políticas públicas direcionadas a esse grupo ajudando assim na solução, ou pelo menos, a mitigação do problema.

Ademais, temos a ressaltar que o nosso interesse por esta problemática é proveniente de nossa atuação como pesquisadora, assistente social, em nível de intervenção nos problemas sociais e como docente na cadeira de Sociologia Geral da FESP que tem como exigência trabalhos extra-classe realizados no sistema penitenciário de João Pessoa.

Desenvolvimento

Precisamos ter presente que a história da prisão não se confunde com a história da humanidade, isto é, a prisão só atingiu o seu apogeu na segunda metade do século XIX, por coincidência também, época do desenvolvimento do capitalismo e da gênese da sociologia. Antes mesmo que esse século terminasse, entrou em decadência. A baliza da preocupação com a falência da prisão teve início em 1882, com o Programa de Marburgo de Von Liszt que sustenta a idéia do fim do Direito Penal, afirmando que “a pena justa é a pena necessária”.

Muitos pensadores sociólogos e criminólogos afirmam, reiteradamente, que o problema da prisão é a própria prisão. Aqui, como em muitos países, corrompe, desmoraliza, avilta, denigra e embrutece o presidiário, tanto que Fragozo (1985) afirma que “a prisão é um grave equívoco histórico e só é justificada quando não houver, outra solução menos degradante”.

O libelo mais contundente contra a prisão foi feita por Foucault (1993) que correlaciona a prisão aos castigos corporais, ressaltando que o poder sobre o corpo...tampouco deixou de existir totalmente até meados do século XIX. Sem dúvida, a pena não mais se centralizava no suplício como técnica de sofrimento; tomou como objeto a perda de um bem ou de um direito. Porém, castigos como trabalhos forçados ou prisão – privação pura e simples da liberdade – nunca funcionaram sem certos complementos punitivos referentes ao corpo: redução alimentar, privação sexual, expiação física, masmorra. “Consequências não tencionadas mas inevitáveis da própria prisão?” Nas

palavras de Foucault, na realidade, a prisão, nos seus dispositivos mais explícitos, sempre aplicou certas medidas de sofrimento físico. A crítica ao sistema penitenciário na primeira metade do século XIX (a prisão não é bastante punitiva: em suma, os detentos têm menos fome, menos frio e privações que muitos pobres ou operários), indica um postulado que jamais foi efetivamente levantado: “é justo que o condenado sofra mais que os outros homens? A pena se dissocia totalmente de um complemento de dor física. Que seria então um castigo incorporeal?”

Assim, este autor se perguntava se a pena privativa da liberdade atingiu o objetivo a que se propunha, ao mesmo tempo em que respondeu que esta apenas atingiu o objetivo de estigmatizar, de segregar e de tornar impossível a (re)socialização do condenado.

Essa inquietação transpôs o limiar do século XX e vários estudiosos sustentam a necessidade de se encontrar penas alternativa à pena privativa de liberdade. No Brasil, o Código Penal de 1940 não trouxe nenhuma alternativa à prisão, nem sequer uma preocupação com a humanização da execução da pena, provavelmente por possuir como antecedente o Código Penal Rocco de 1930, um código nitidamente de caráter fascista.

A privação de liberdade é unanimemente reconhecida na atualidade, como onerosa e ineficaz, porque não recupera o criminoso nem reduz a criminalidade. No entanto embora a legislação brasileira preveja alternativas à pena de prisão, como a prestação de serviços à comunidade, elas raramente são aplicadas.

A primeira tentativa de se humanizar o Código Penal Brasileiro deu-se com a Lei no. 6.416, de 1977, que reestruturou o sistema de penas e criou, legalmente, o sistema progressivo, com os regimes fechado, semi-aberto e aberto. Porém, alternativa à pena de prisão para os pequenos delitos e crimes de menor potencial ofensivo, só iremos encontrar com a Reforma Penal de 1980, que entrou em vigor em janeiro de 1985.

Porém, desafortunadamente, como sempre acontece no Brasil, só foi dado aos operadores do direito um diploma legal, sem as condições de operacionalizá-lo, sem vontade política, sem dotação orçamentária, sem estrutura que o Poder Judiciário pudesse aplicar adequadamente alternativas à prisão. Acreditava-se que pelo menos os condenados às penas de curta duração não mais iriam para as prisões. Ledo engano, temos convivido ao longo dos últimos anos, com a completa falência do sistema presidiário, sempre abarrotadas, e assim mesmo, cheias de condenados a penas de alguns meses de reclusão, cumprindo-as em penitenciárias.

Além disso, perante o preconceito social existente contra o criminoso, chamado por todos de “bandido”, o indivíduo perde todos os seus direitos à dignidade e à civilidade, além

dos direitos a que nunca teve acesso. O reflexo deste pensamento ocorre hoje na horrível condição pessoal em que se encontram os detentos de nosso país, jogados e esquecidos nas masmorras do desrespeito, introjetados nos próprios detentos que se sentem seres sub-humanos.

O resultado, não poderia ser diferente, ao invés de ser reabilitado, o detido passa a nutrir um ódio cada vez maior pela sociedade que ali o colocou. Em sua mente, movido pela força natural de seu raciocínio deturpado, a sociedade não lhe deu emprego, educação, nem qualquer condição que lhe garantisse a subsistência. O crime cometido foi motivado pela própria sociedade imbuída de desigualdades, começando pela concentração de renda, somada aos preconceitos de raça, gênero e classe.

As prisões do Brasil refletem, portanto, a tradição da sociedade brasileira de trivialização da desigualdade, como se o povo já estivesse acostumado com aquilo que vê e observa, sem perceber que o próprio povo figura, tanto como sujeito ativo desta situação, assim como sujeito passivo, vítima futura de sua própria negligência

Aproximações de uma realidade

Na nossa pesquisa tem verificado que existe um déficit no Brasil sobre informações e estudos sobre as pessoas encarceradas, ou suas condições de vida e o contexto em que vivem.

Este fato se exacerba quando o problema é visto sob uma ótica de gênero. Observa-se portanto, a quase total ausência de dados oficiais nacionais sobre a mulher encarcerada. Porém dados fornecidos pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) de 2000 a 2006 verifica-se o aumento da população carcerária total no Brasil. Percebe-se que a taxa do aumento de encarceramento de mulheres, neste período foi de 135,37%, em contraste com as dos homens que foi de 53,36%. As mulheres que representavam 7,81% de presos no sistema policial, em 2006 elas passam a representar 11,05% da população encarcerada. Em João Pessoa, locus de nossa pesquisa, o número de encarceradas passou de 227 para 290. Qual o perfil desta mulher? Por que ela está encarcerada? Quais as circunstâncias do seu rompimento com a norma?

Existe idéias prevalecentes em estudos produzidos por jornalistas², que a mulher encarcerada no Brasil é jovem, mãe solteira, afrodescendente e na grande maioria dos casos, condenada por envolvimento com o tráfico de drogas ou entorpecentes. Esta

² Realizado em São Paulo, em 2002.

encarcerada apresenta um forte vínculo familiar, sendo 84% mães, assim como, apresentam uma preocupação constante com a criação dos seus filhos, pois só 16,3% dos filhos ficam com o pai, permanecendo com avós e vizinhos.

O nosso estudo corrobora com esses índices, pois 90% das apenas entrevistadas por nossa equipe, se encontram nesta situação. Também 91% das nossas entrevistadas são oriundas de família de baixa renda, tendo até um salário mínimo. O motivo de prisão de 64% das carcerárias é o envolvimento com o tráfico de drogas, muitas vezes incentivadas pelos próprios companheiros ou namorados. A faixa etária das internas é de 29% entre 25 e 29 anos de idade, mas há uma apenas com 76 anos que assassinou o marido por ser espancada e maltratada durante os vinte anos que passou casada, e uma de 20 anos por se envolver com tráfico de drogas. Estas são aproximações de uma realidade que ainda se encontra no processo de ser estudada e analisada.

REFERÊNCIAS:

- ARENDT, H. *The human condition*. Chicago, University of Chicago. 1958.
- BECCKER, H. *Outsiders*. London: McMillan. 1973.
- BITTENCOURT, C.R. Penas e medidas alternativa – visão crítica. R.CEJ, n.15, p.64-72, 2001.
- CLOWARD, R.A. e OHLIN, L.E. *Delinquency and Opportunity*. London: Routledge and Kegan Paul. 1961.
- DELEMEAU, J. *El miedo en occidente*. Madrid: Taurus, 1989.
- ELIAS, N. *El proceso de civilización*. México: FCE, 1993.
- FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.
- _____. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- _____. *Dois ensaios sobre o sujeito e o poder*. Paris: Gallimard, 1984.
- FRAGOSO, H. *Ações de Direito Penal*. Hungria:Rio de Janeiro, 1985.
- GOFFMAN, E. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.
- _____. *Stigma – Notes on the Management of Spoiled Identity*. Englewood Cliff: Prentice-Hall, 1961.
- GOTTFREDSON, M.R.; HIRSCHI, T. *A General Theory of Crime*. Standford: tandford University Press, 1998.
- CASSESE, A. *Inhuman states: imprisonment, detention, and torture in Europe today*. Cambridge, Polity Press, , 1996.
- GARLAND, D. *Punishment and Welfare: a history of penal strategies*. Aldershot, Gower, 1985.
- HIRSCHI, T. *The causes of delinquency*, Berkeley: University of California: Press.1989.
- KOWARICK, L. *Capitalismo e marginalidade na américa latina*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.
- MARCHETTI, A.M. *Pauvretés en Prison*. Ramonville: Saint-Ange, :1997.
- MARCONI, M. de A. *Técnicas de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1986.
- ODÁLIA, N. *O que é violência*. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- ONU. *Rapport Mondial sur le Développement Humain*. Paris: 1995.

- _____. Rapport Mondial sur le Développement Humain. Paris: 1996.
- PECHMAN, M. A invenção do urbano: a construção da ordem na cidade. In PIQUET R. et al Brasil, Território de desigualdade: descaminhos da modernização. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- PERLMAN, J. O mito da marginalidade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- RELATORIO DE ATIVIDADE. Governo Joao Pessoa. 2000.
- RYAN, M. Prison privatization in Europe. in International Journal of Sociology. London, Verso, 1998
- RICHARDSON, R. J. Pesquisa Social: métodos e Técnicas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1990.
- SCHNEIDER, L. Marginalidade e Delinquência Juvenil. São Paulo: Cortez, 1993.
- SCHWENDINER, Herman y Julia. Defensores del orden o custodios de los derechos humanos? In: TAYLOR, Ian et al. Criminología crítica. México: Siglo Veintiuno, 1997.
- VACQUANT, L. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. L'ascension de L'Etat pénal en Amérique. In Actes de la rechesches en Sciences Sociales, no. 124, 1998.
- VILLA, F.G. La delincuencia y su circunstancia: sociología del crimen y la desviación. Turant Lo Blanch, Valencia. 2004.

Resumo: Nossa motivação para tal estudo advém do interesse em procurar entender de que forma pessoas que, por força das circunstâncias, necessitaram recorrer à Justiça, a percebem, tentando apreender os significados atribuídos a mesma sobretudo por parte daqueles que em sua trajetória de vida vêm vivenciando uma experiência carcerária.

Palavras-chave: violência, criminalidade; justiça.

Introdução

O aumento da violência e da criminalidade no país tem ocupado um lugar de destaque não apenas na academia, mas igualmente na mídia e na sociedade em geral. As estatísticas não param de crescer. Esse aumento tem reflexos imediatos na sociedade civil, fazendo a população reagir de forma exacerbada, levando alguns — os mais radicais — a defenderem, equivocadamente, o armamento da população, as práticas ilegais e arbitrárias da polícia no controle e contenção da criminalidade, e até mesmo a pena de morte. Atualmente, a ciranda da violência faz com que vivamos um clima de guerra civil não declarada.

Outros temas, não de menor importância, têm tido destaque, suscitando grandes debates e discursos, como a corrupção, a impunidade, os direitos humanos, a cidadania, a falência do sistema penitenciário e a crise do Judiciário.

Não é objeto nosso nos deter neste espaço sobre cada um destes problemas, mas dentre eles privilegiamos realizar uma breve discussão acerca do sistema penitenciário, nos centrando na questão referente ao acesso à Justiça por parte das camadas mais baixas da população — os não-privilegiados.

*Graduada em Ciências Sociais com Pós-graduação *latu sensu* em Políticas Públicas e Gestão Social, DSS/ UFPB. Atualmente graduando o Curso de Direito da FESP-Faculdades. Desenvolve pesquisa sobre Direitos Humanos e Acesso à Justiça.

Partindo-se desse quadro, uma das principais preocupações desse estudo é compreender que mecanismos vêm comprometendo o pleno exercício pelos presos de seus direitos mais fundamentais e como o Estado ao exercer o seu direito de punir (*o jus puniendi*), colabora com a permanência de tais mecanismos, ou seja, interessa-nos verificar como o sistema judiciário, enquanto mediador na resolução dos conflitos e controle da criminalidade, ao diferenciar o acesso à Justiça, contribui para perpetuação/reprodução de desigualdades e para o aumento da violência.

Esse caminho de descoberta foi organizado em quatro etapas. Inicialmente, procuramos esboçar uma discussão teórica sobre o acesso à Justiça, dando ênfase à questão dos Direitos Humanos, e mostrando como o tema vem sendo tratado por alguns autores. Num segundo momento, traçamos algumas considerações sobre o sistema penitenciário em João Pessoa, mostrando sua organização, funcionamento. Para efetivarmos nosso estudo privilegiamos realizar um breve levantamento junto a duas penitenciárias da Capital — a Penitenciária e Presídio do Roger e o Centro de Reeducação Feminino (o Bom Pastor) — com o objetivo de observar como na prática vem se dando o “tratamento jurídico” aos carcerários, as possíveis discriminações que enfrentam, e procuramos verificar as diferenças existentes no tratamento dispensado aos presidiários homens e mulheres. Este conteúdo é o que compõe o objeto de nossa terceira parte, onde apresentamos também o caminho da nossa pesquisa, como ela foi realizada, os sujeitos entrevistados. Na quarta e última etapa deste estudo, desenvolvemos a análise de nossas entrevistas, buscando interpretar a visão dos presidiários sobre o sistema penitenciário e sobre a Justiça, tecendo no final algumas considerações a respeito da temática abordada, as informações relevantes que esta realidade nos favoreceu.

Acesso à Justiça

O tema do acesso à justiça, que compõe o conteúdo desse capítulo, constitui-se, para as ciências sociais, um campo fértil de investigações. No entanto, no Brasil, a escassez da literatura especializada ainda é grande, revelando que é um tema ainda pouco explorado, apesar de sua pertinência e importância. Portanto se evidencia precisamente, a partir das duas últimas décadas quando a abordagem do tema extrapolou o âmbito restrito ao direito, deslocando seu eixo de atenção para as ciências sociais. A abordagem sociológica mais ampla vem buscando investigar sistemática e empiricamente mais os temas ligados aos obstáculos ao acesso efetivo à justiça por parte das classes mais baixas da população, visando propor soluções para a superação desses impasses.

Falar em acesso à justiça é trazer à tona a discussão sobre a democratização do Judiciário, uma vez que o que aflora por seu intermédio é a própria questão da cidadania, que além da formalização/institucionalização de direitos universais, requer a disponibilização e a generalização de recursos necessários à sua efetivação. O que se tem de reflexão e informação sobre esse tema, vem sendo obtido tangencialmente pela ótica dos direitos humanos e da cidadania a eles atrelada que recentemente vem ocupando um destaque crescente nos debates institucionais.

Teoricamente, no Brasil, segundo o modelo liberal de justiça, todos são iguais perante à lei. Assim garante a Constituição em vigor. Esse modelo, no entanto, vem sofrendo um esgotamento, uma vez que não foi capaz de se adaptar ao crescimento da desigualdade social e das demandas por soluções que possibilitassem a todos, igualmente, o acesso à essa justiça. LOPES ao tratar desse assunto, declara que:

“um sistema jurídico que se baseia no princípio de igualdade e que é incapaz de promover uma distribuição justa e justificável de justiça, acaba por perder a legitimidade”. (1994, p.25)

Muitos são os fatores que têm levado à essa perda de legitimidade. A visão que a população tem da justiça está diretamente relacionada à forma como vem se dando o reconhecimento desta legitimidade. Segundo GRINSZPAN(1999), um dos suportes básicos de legitimidade da justiça é a crença difundida na sua infalibilidade, na sua isenção, na imparcialidade com que se apropria das leis, no tratamento equânime que dispensa às partes, e também na sua eficiência, ou em outras palavras, na produção de resultados satisfatórios num tempo razoável. Comenta o autor que ressaltar a importância desta crença significa perceber que, uma vez que ela se veja abalada, o próprio reconhecimento da legitimidade da justiça é que termina sendo comprometido, com reflexos sobre os graus em que a população a ela recorre para garantir os seus direitos, para resolver os seus problemas.

Atualmente o que percebemos é que o tipo de visão que predomina na sociedade é uma visão totalmente contrária àquela que confere à justiça legitimidade, questionando-se, principalmente, sua imparcialidade, equanimidade e eficiência. A diferença no acesso à justiça, talvez, se torne mais evidente na esfera penal, onde as diferenças sociais entre os envolvidos passam a ser determinantes na aplicação da justiça. Adorno (1994) ao abordar a relação entre justiça social e igualdade jurídica, afirma que, de fato, a “igualdade de todos perante à lei” nunca se concretizou, já que o modelo liberal de justiça, no Brasil, nunca saiu do seu nível simbólico.

Analisando as práticas jurídicas em crimes dolosos contra a vida, Adorno traz à tona a existência de agressores e vítimas preferenciais, caracterizados segundo o seu perfil social—

sexo, cor, naturalidade, situação econômica. Segundo ele, a desigualdade é gerada dentro do próprio processo, de acordo com os princípios jurídicos. Mostra o autor que: “Não há porque falar em conflito entre justiça social e desigualdade jurídica: a desigualdade jurídica é o efeito de práticas judiciais destinadas a separar, dividir, revelar diferenças, ordenar partilhas. É sob esta rubrica que subjaz a “vontade de saber” que percorre todo o processo penal e cujo resultado é promover a aplicação desigual das leis penais”(1994, p.134). De forma bem geral podemos dizer que os obstáculos que comprometem o acesso à justiça por determinados estratos da população têm raízes econômicas, sociais e culturais. Os estudos sobre o tema revelam que quanto mais baixo é o estrato social maior é a distância do cidadão em relação à justiça, não apenas por fatores econômicos, mais também por fatores sociais e culturais³. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos e menor nível de instrução tendem a conhecer pior os seus direitos e, conseqüentemente, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo um problema jurídico.

Essas reflexões sinalizadas alimentam ainda mais a necessidade de se criar mecanismos que disponibilizem ou torne real a justiça para aqueles segmentos que continuam sem acesso a ela. Daí o aumentar do nosso interesse por este tema, desejando que ele possa contribuir, por pouco que seja, dada a fase de maturidade que nos encontramos, a caminhar neste sentido.

Direitos humanos ou privilégios de bandidos

Dizer que o reconhecimento dos direitos humanos na sociedade brasileira é precário não é novidade. A questão da percepção de sua importância vem sendo debatida em nossa sociedade de forma mais significativa desde a década de 80, com os movimentos pela restauração da ordem democrática. Havia a expectativa que a proteção aos direitos humanos obtida pelos dissidentes políticos seria estendida a todos os cidadãos⁴. No entanto, isso não ocorreu.

Uma frase em voga nesse período se atualiza na percepção que boa parte da população ainda tem sobre os direitos humanos, ao associá-los a “privilégios de bandidos”. Caldeira (1991) ao analisar o contexto histórico-social da cidade de São Paulo na época, tornou possível a compreensão de tal associação. Segundo a autora, a oposição de parte da

³ A pesquisa “Lei, cidadania e justiça” realizada na região metropolitana do Rio de Janeiro deixa isso bem claro. Os resultados da pesquisa foram publicados no livro Cidadania, Justiça e Violência.

⁴ Sobre uma análise mais profunda do tema, ver Paulo Sérgio Pinheiro. (1999)

população aos direitos humanos se deu num momento de crise sócio-econômica, quando esta cidade presenciava não apenas uma decaída de seu padrão sócio-econômico, mas com ela também o aumento da violência e da criminalidade.

Como uma forma de defesa frente à desorganização sentida pela população diante desse contexto de crise, Caldeira aponta para a existência de um processo de segregação, como forma de resguardar posições sociais ameaçadas. Aliado a isso, o estudo revelou também uma crescente desconfiança nas instituições políticas que se mostraram incapazes de responder de forma satisfatória à alta expectativa da população, especialmente, em relação ao problema da segurança. Como consequência assiste-se a separação entre os direitos coletivos ou sociais (educação, saúde, etc) defendidos pelos movimentos sociais, e os direitos individuais, atribuídos a criminosos, que não eram vistos como autênticos direitos humanos. Criou-se o estereotipo do criminoso associado não apenas como um “marginal”, mas como uma figura que demarca as fronteiras entre o bem e o mal, ou até mesmo alguém que está no limite da humanidade.

De acordo com essa percepção, o preso é visto como alguém que perdeu sua condição de cidadão, condição esta que jamais voltará a ter. Dentro da prisão, sem acesso à liberdade, ele é despojado da sua personalidade e do respeito devido a todo ser humano, ficando até como lugar seguro, “depositado”, longe dos olhos dos “verdadeiros cidadãos”.

Infelizmente, essa forma de encarar o preso ainda hoje encontra aceitação por boa parte da sociedade, não apenas pelas classes média e alta, mas também pelos estratos mais carentes da população, mesmo sendo estas geralmente as vítimas preferenciais da violência, da criminalidade e da violação dos direitos humanos.

O sistema penitenciário de João Pessoa

O sistema penitenciário de João Pessoa conta com um número de cinco presídios e um manicômio: a Penitenciária e Presídio do Roger, a Penitenciária Sílvia Porto, a Penitenciária Máxima, a Penitenciária Média, o Centro de Reeducação Feminino (Bom Pastor) e o Manicômio Judiciário.

Os presídios do Roger, Sílvia Porto, a Máxima e o Centro de Reeducação Feminino são presídios de segurança máxima, onde os presos já sentenciados cumprem pena em regime fechado. No entanto, os presídios do Roger e o Centro de Reeducação Feminino funcionam também como casas de detenção, local que abriga presos condenados e onde os

presos provisórios aguardam sentença. Já o Presídio de Segurança Média abriga os presos albergados, ou seja, os presos que estão cumprindo pena em regime semi-aberto⁵. Quanto ao Manicômio, ele abriga presos com distúrbios mentais.

O sistema punitivo em vigor em João Pessoa, como no resto do Brasil, é chamado *sistema progressivo*, ou seja, o apenado vai progressivamente sendo reinserido na convivência social, cumprindo algumas etapas. Quando é condenado a uma pena e o regime inicial determinado pelo juiz é o fechado, o preso terá, aos poucos, abrandada a sua pena, até ser reintegrado à sociedade. Assim, o primeiro passo no sistema progressivo é dado com a concessão do benefício da Progressão de Regime. O preso, ao cumprir, pelo menos um sexto da pena, e apresentando condições de trabalhar, tem direito a um benefício: passar do regime fechado^{6**} para o semi-aberto.

O Livramento Condicional representa um dos últimos estágios do sistema progressivo. Ele é concedido ao preso que tenha cumprido um terço da pena (ou metade, se for reincidente) e que preencha alguns requisitos dispostos na Lei de Execução Penal e no Código de Processo Penal^{7***}. Pelo Livramento Condicional, o preso é posto em liberdade e permanece em liberdade enquanto cumprir as condições legais, e outras, que o juiz ache por bem exigir. Já o Livramento Definitivo se dá quando o preso cumpre a totalidade de sua pena, recebe o alvará de soltura e é posto em liberdade.

Conhecer essa “estrutura” penal nos foi muito útil para situarmos melhor a problemática que iríamos abordar e ver como eles eram “representados”/apreendidos no imaginário de nossos sujeitos.

As Imagens da Prisão: o desvendar de um cotidiano

Os objetivos de nosso estudo procuram apreender os significados atribuídos pelos próprios sujeitos à experiência carcerária que estão vivenciando, como vêem o dia-a-dia dentro no presídio, o tipo de visão que têm sobre a justiça e o sistema penitenciário. Para isso

⁵ No regime semi-aberto os presos saem para trabalhar durante o dia e recolhem-se apenas à noite ao presídio.

⁶ No regime fechado é destinado à pena privativa de liberdade, ou seja, o preso é impedido de sair do presídio, salvo em casos de doença, ou por autorização do juiz, sempre escoltados por agentes de segurança e policiais militares, cumprindo pena em local fechado.

⁷ Ver Lei de Execução Penal, Seção II, Das Penas, do art.110 ao art.119

decidimos trabalhar em cima da fala dos presos à respeito de suas condições tanto anteriores como posteriores à imputação do crime, procurando resgatar algumas considerações sobre sua origem social, a relação que desfrutavam com a família, os acontecimentos relacionados com a sua inserção na ilegalidade, as condições internas à prisão. Consideramos que essas informações suplementares poderiam nos fornecer uma visão de conjunto mais ampla sobre a história desses sujeitos que seguramente teriam uma influencia significativa na construção dessas imagens e evocações. Daí termos assegurado que fossem os próprios informantes que falassem do seu dia-a-dia dentro e fora do presídio.

Aqui segue o que conseguimos apreender das histórias reveladas pelos nossos sujeitos. Do conjunto de informações obtidas, observamos que elas são em tudo semelhantes, vindo em geral de origem social humilde, lares dilacerados, com pouquíssima instrução, na sua maioria jovens e que se envolveram no mundo do crime através de amizades.

São múltiplas as representações feitas a respeito da experiência carcerária. Assim, pela solidão, pelo afastamento da família, pelo mau tratamento que recebem, para alguns deles, a prisão é vista como um espaço de sofrimento, já para outros como um espaço de aprendizado, como podemos observar através de algumas falas :

*“(...) Aqui é ruim, é ruim demais, isso aqui é um inferno!”
(Fabiano)*

E outras que vão no mesmo sentido:

“Aqui é muito ruim, porque a gente tá longe da família... o sofrimento de tá longe da família é o que mais deixa a pessoa...se lá, não tem como explicar... é difícil, a pessoa viver longe da família, é difícil” (Marcos)

“A prisão é um inferno, não tem futuro. A prisão não só acaba com quem tá aqui não, acaba com a família da gente também.”(Tereza Cristina)

*“ Na cadeia a gente é tratado que nem animal, que nem bicho!”
(Robson)*

A noção de tempo perdido é outra imagem da prisão que um de nossos informantes evoca, um espaço onde o indivíduo não investe bem o seu tempo:

“A pior coisa aqui é ta preso, fora isso, mais nada. Perdi muito tempo aqui; perdi muita coisa! Perdi muita coisa lá fora.”(Antônio)

Outra imagem vem associada à depredação que a prisão provoca na pessoa mostrando que ela até suga as forças humanas,

*“(...) eu não tenho cabeça mais não, Cristiane. Tenho mais cabeça não, esse lugar aqui ta tirando o meu juízo.”
(Werlaneide)*

Nas representações que os informantes anteriores fizeram a respeito da prisão, nota-se uma relevância das imagens negativas, como as relacionadas a perda de tempo, a se sentir semelhante aos animais, a falta de estímulo para continuar vivendo, entre outros. Por outro lado, há um conjunto de informantes que parece privilegiar aspectos distintos, menos depreciativos (embora tenham sido constatados informantes que se incluíam nos dois grupos):

“isso pra mim, pra mim foi uma universidade, uma faculdade da vida. Aqui eu adquiri muita experiência. Aprendi a ter amor próprio, aprendi a amar mais, a respeitar mais, não que antes eu não respeitasse, mas agora eu respeito mais ainda.”(Robson)

*“É uma escola da vida, todo dia um sofrimento, mas aprende”
(Maria Jose)*

O significado das relações sociais afetivas

Ao ler as respostas dos nossos sujeitos nos reportamos às reflexões de GOFFMAN sobre as instituições totais. Segundo este autor, estas submetem os indivíduos a uma espécie de “mortificação do eu”, caracterizado pela desculturação e redução da esfera da vida privada, que envolveria o momento de admissão às instituições totais e a exposição contaminadora. A admissão é caracterizada por uma série de rebaixamentos e humilhações por meio da qual o indivíduo é despido do apoio dado pelas “disposições sociais estáveis do seu mundo doméstico” (GOFFMAN, apud 1999, p. 488). Aí se incluem o rompimento de relações sociais externas (especialmente com a família). Segundo FANDIÑO, a primeira “mutilação do eu” sofrida pelo indivíduo seria o isolamento em relação ao mundo

externo.(1999, p.488) Em nossa pesquisa, as evocações ao abandono e a distância da família e a ausência de visitas ilustram a questão.

Os contatos que os presos têm com o mundo exterior se dão através da TV, do rádio e das visitas que ocorrem duas vezes por semana, isso no presídio masculino; no presídio feminino, estes contatos se dão apenas através do rádio e das visitas, que ocorrem apenas uma vez por semana. Dentre esses aspectos, as visitas ocupam lugar de destaque na visão dos informantes.

Durante a realização do nosso trabalho de campo, presenciamos um fato que nos chamou atenção, em meio a uma entrevista com uma das internas chegou ao presídio uma comissão da delegacia da mulher para abrir uma sindicância a respeito de uma rebelião ocorrida em maio do corrente ano. Nossa entrevista foi interrompida para que nossa informante fosse interrogada, uma vez que a mesma havia sido apontada como uma das líderes do motim. Uma outra interna, também apontada como uma das líderes, nos informou que nessa rebelião elas reivindicaram uma TV, e permanecer mais tempo livres, como as reivindicações não foram aceitas, elas quebraram alguns objetos da cozinha. Por esse motivo foram duramente punidas, passando um mês e quinze dias na cela “isolada”, sem nenhum direito, sem cama, colchão, lençol, recebiam apenas comida.

O horário das visitas é outro momento muito evocado pelos sujeitos, pois em suas imagens ele representa uma ocasião ímpar de alegria e expectativa na vida dos presidiários. É como se naquele dia se vivesse um “clima de festa”!

“Eu troco de roupa logo cedo na hora da visita pra vim pegar logo minha filha e minha mãe, é uma felicidade só! Tem vezes que elas num vêm, eu entro tão triste, tão desanimada...” (Ana Paula)

Daí o sentimento de enorme frustração que experimentam quando essas não se concretizam. Do mesmo modo, se por um lado os visitantes, com a sua presença, trazem alegrias aos penitenciários, quando partem, fazem com que os internos se vejam mais uma vez diante do próprio cotidiano solitário da prisão:

“O dia da visita é o dia mais alegre, porque eu tou perto da minha família, da minha esposa, mas também é o dia mais triste, porque de repente sai e o cara fica.(...) Minha filha mesmo, segurou ali nas grades, segurou ali nas grades sem querer sair, rapaz! Aquilo eu não esqueço nunca! Chega deu uma dor em mim...ela segurou o portão, e ficou gritando sem querer ir embora...ô! aquilo me matou!” (Fabiano)

As visitas “quebram” de fato a dureza do dia-a-dia da prisão. Daí o significado com que elas se revestem para os presos, dando neste dia à prisão um outro ritual, momentos de fato revestidos de intensa simbolização pelos presidiários, pelo clima que passa a dominar. O cuidado, o zelo que os presos investem durante todo o momento da recepção das pessoas, é como se fizessem dele um reanimar de afetos. Isso é percebido de forma mais eloquente no presídio masculino, onde existe todo um conjunto de normas quanto ao tratamento dispensado ao visitante. Existe todo um ritual nesse momento, a limpeza, o cuidado com o corpo, com a forma de se vestir, não é permitido ficar sem camisa, ou mesmo com a camisa desabotoada, também não é permitido usar bermudas, somente calça, quem não possui calça, pede emprestado, pois, segundo um de nossos informantes, eles “têm que dar bom exemplo”. De fato, o que observamos é que existem regras dentro do presídio, que são transformadas quase que em lei à respeito das visitas, que quando rompidas ou transgredidas, implicam em punição, tanto por parte da direção, mas especialmente por parte dos próprios detentos. As punições são: o castigo do confinamento na “isolada”, por parte da direção; e a violência física, por parte dos companheiros. A questão dos trajes é uma delas, vista com toda severidade. Se um preso estiver sem camisa no dia da visita isso é motivo para ser repreendido como nos relata um informante:

“Não! Mas sem camisa não pode não! Porque é o seguinte: se um preso, veja bem, a ordem aqui é uma, lá é outra, veja bem, se um preso chega dentro de um pavilhão daquele, dia de visita, se ele tiver com a camisa desabotoada até aqui, entendeu? quem cobra é os companheiro mesmo. Aí de vez em quando tem uns gaitinhos aí que gosta de usar bermuda, não pode! Mas quem passou a ordem foi os próprio preso, mas quando seu William(chefe de disciplina) vê, aí seu William: mas rapaz! Você não sabe que não é assim? Bora pro isolado.”(Fabiano)

Em alguns momentos parece-nos que, com esse respeito, esse excesso de moralismo, enfim com o tratamento dispensado às visitas é como se eles quisessem dizer para todo mundo que eles não são tão maus assim. Isso fica bem expresso na fala desse mesmo informante:

“Tem que ter respeito! Porque é o seguinte: a gente tem os filhos da gente, pronto, vamo supor o seguinte: a minha família quando vem no domingo, aí traz minhas crianças, aí vem uma amiga dela, ou um vizinho lá de casa, aí a turma aí não dá mau exemplo, não quer dá mau exemplo não, aí é todo mundo de calça, bem vestido, porque se tiver de bermuda, se ele for pego

de camisa aberta, ele vai pro cassete! Então, é a gente que mantém a ordem lá dentro mesmo sobre isso, visita tem que ter respeito!”

Já os presos que não recebem visitas, justificam atribuindo ao fato de estarem sendo castigados pela família pelo delito que cometeram:

“É, mais eu não cobro deles não, sabe? porque também, nè? fui eu quem procurei, né? mas a minha família, eles gosta de mim, apesar que vai fazer um ano que eu fui transferida pra aqui, eles ainda não se corresponderam comigo, eu já mandei carta, não sei o que está acontecendo. Eu acho que é um castigo que eles tão me dando”. (Elizabete)

“(...)tenho 14 irmãos, e pra você vê, né? nenhum vem aqui. Também, essa é a segunda cabeçada, né? na primeira tive tudo, né? a segunda agora, tou pagando pela primeira, por tudo.”(Antonio)

É interessante frisar também que alguns presos, percebendo-se como figura social capaz de catalisar as imagens do bem e do mal na sociedade, passível de ser excluído moralmente desta, e com isto perder até seu estatuto de ser humano, justificam seus delitos atribuindo-os à “fraqueza” ou “ponto fraco”. Essa estratégia usada por alguns de nossos informantes para realizar sua “reinserção” moral na sociedade, expressa-se nas falas:

“Eu era um cara muito fraco(...)eu era tão fraco, sabia? que eu achava que a vida não tinha sentido pra mim. Até que um dia eu me entreguei a esse ponto fraco. (...)eu não sei como eu me entreguei a esse ponto fraco. Foi porque eu fui egredido; eu estava embriagado, aí eu me revoltei, né?”(Robson)

“Eu sempre trabalhei, sabe? essa fraqueza... foi fraqueza e doidice ao mesmo tempo...eu não assaltei porque precisava, foi fraqueza, eu acho que foi porque eu tinha perdido a minha mãe a pouco tempo, aí eu tava muito revoltado .”(Antonio)

Outro fato que nos chamou a atenção foi o referente “dimensão afetiva” tal como é vivenciada pelos homens e mulheres encarcerados. O universo de perda, de privação em que vivem neste terreno faz com eles organizem seus relacionamentos, um enfrentar etapas que seguem ritmos bem diferentes. Assim, o do despertar do interesse e daí partir para um relacionamento mais íntimo não passam, como de costume, por um conhecimento prévio, sistemático, contínuo. É um vazio afetivo tão intenso, que essas pessoas se “agarram” numa fantasia afetiva na mínima oportunidade que apareça, basta uma visita de um presidiário que

presta serviço ao presídio, isso é suficiente para de imediato se procurar alguma informação sobre o mesmo e já começa a se corresponder, e daí desencadear uma sociabilidade com aquela pessoa, uma manifestação de afeto através somente de carta, sem nunca se saber se dali para frente eles vão se encontrar, ou não, já que a vida dentro do cárcere, não oferece esta possibilidade de viabilizar os encontros. Em seus comentários, percebe-se a importância que passam a significar essas cartas:

“ Tem um namorado aí, um amigo, né? porque a gente nunca teve nada, que ta aí no Sílvia Porto, ele ta até doente, ele manda carta pra mim, ta sofrendo muito...e assim vai passando, ele manda uma palavra de conforto pra mim , eu mando pra ele e assim a gente vai passando o tempo... quando minha mãe não vem, essas carta me traz mais paz, e eu me esqueço do mundo!” (Severina)

Uma outra detenta mantém um relacionamento com um preso que conheceu apenas de vista quando visitava uma amiga que estava presa na mesma delegacia no interior da Paraíba. Ao chegar aqui em João Pessoa, ela passou a se corresponder com ele por carta e foi convidada pelo mesmo para um encontro. Essa foi uma das formas de suprir, de preencher o vazio deixado pela solidão, uma vez que não recebe visita da família, nem de amigos.

“(...) quando eu vim pra aqui, a gente começou a se corresponder, aí eu pensei, meu Deus, eu vou? Ele me convidou, né? pra ir, eu nunca tive nada com ele, a gente só se visitava lá na cadeia, aí as meninas me deram conselho: é Bete, já que você não recebe visita, ninguém vem lhe ver, você não tem ninguém aqui mesmo, vai, pelo menos passa sua cadeia mais rápido ” (Elizabete)

Considerações finais

Ao longo desse trabalho fomos absorvendo o manancial das representações que nos foram passadas pelos homens e mulheres vivenciando uma experiência carcerária nos presídios estudados. Com base nos depoimentos tivemos a oportunidade de perceber as construções elaboradas sobre o tratamento jurídico que recebem, a visão da justiça e da experiência que vêm passando, mostrando os diferentes “olhares” entre os próprios internos quer do Roger, quer do Bom Pastor. Essa variação não é teórica, mas antes, como vimos, fruto da própria diferenciação real existente entre os internos de ambos os presídios. Assim, não dá pra se falar nos presidiários de ambos os presídios como um grupo homogêneo. Contrariamente a tal perspectiva, esses presídios são um espaço onde múltiplos grupos

convivem; onde o constante clima de tensão torna as relações entre eles tênues, em especial, no presídio masculino, como nos disse o informante Antônio: “ *aqui a gente vive num barril de pólvora que pode explodir a qualquer momento*”.

A idéia de explosão nos remete a uma dupla interpretação: primeiro, a explosão pode ocorrer como expressão de desacordo entre os próprios grupos internos. Segundo, ela pode vir como revolta dos internos contra a situação de privação à qual o Estado o submete cotidianamente.

O sistema penitenciário que a princípio visa a recuperação do interno, no sentido de torna-lo “mais socializável”, paradoxalmente o isola de um convívio social mais amplo, numa clara intenção de puni-lo por transgredir as regras “normais” que o Direito prescritivo estabelece como sendo legais. A questão que se coloca é saber até que ponto o Sistema Penitenciário brasileiro tal como se encontra, tem servido para (re) socializar alguém. Como dizem muitos de nossos informantes e mesmo alguns funcionários do Roger, os presídios e penitenciárias são “depósitos de seres humanos”. A exceção de uma minoria que trabalha no interior dos presídios, o dia-a-dia para os demais internos é preenchido pela ociosidade. Que tipos de indivíduos “(re)socializados” podemos esperar de um processo que tem como programação básica a ociosidade? Para nós esta é o símbolo do violento pouco caso com que essas instituições tratam os detentos.

A penitenciária (o sistema como um todo) tem servido muito mais como um espaço de punição, onde o espaço de tempo de permanência do indivíduo em qual difíceis condições de existência, representa a maior privação a que o indivíduo é submetido. Isolando o indivíduo de um convívio social mais amplo, a prisão, e tudo o que ela representa, influi na forma de como estes encaram a realidade e a experiência que vêm vivenciando.

As representações sobre as diferenças de tratamento pelo sistema penitenciário variam não apenas de contexto para contexto, mas ao mesmo tempo podem variar de acordo com a posição que cada indivíduo assume neste espaço onde está inserido. Durante nossa pesquisa, tivemos a possibilidade de perceber a distinção existente no interior dos presídios entre os internos que “trabalham na e para a casa” e aqueles que não desenvolvem atividades reconhecidas pela direção como sendo trabalho. Para aqueles que desenvolvem atividades internamente, esse tratamento é dado conforme o comportamento de cada um, como nos disse um dos internos : “eu sou muito bem tratado aqui, mas porque eu faço por onde”. Para os que não trabalham, o tratamento dispensado é diferenciado, privilegiando uns em detrimento dos demais, expressando-se nas perseguições feitas aos mesmos, maus tratos e humilhações.

Quanto as representações sobre as desigualdades no tratamento jurídico especificamente, observamos que a maioria dos nossos informantes atribuem tal fato a discriminações de origem sócio-econômica, não percebendo ou não dando importância para as diferenças por sexo. Contudo, ambos, homens e mulheres, embora sob diferentes óticas, foram unânimes ao relatar os maiores problemas enfrentados pelo sistema de justiça criminal, mas especificamente, pelo sistema penitenciário hoje: superlotação, falta de assistência jurídica, demora e severidade nas sentenças, falta de assistência/ou apoio, tanto por parte do Estado, como por parte da sociedade, ao preso ao sair da prisão. Isto tornou evidente também as imagens que se juntam a esses sobre a forma de como se vêem e projetam a sua volta à sociedade. Os sentimentos de insegurança, de temor, de descredibilidade, traduzem bem o despreparo a que ficam submetidos nesse confinamento.

Algumas questões nós deixamos em aberto, como o caso aviltante da distribuição desigual de penalidades para os mesmos tipos de crime em se tratando, somente, de infratores homens ou mulheres. Nós não conseguimos pela nosso levantamento chegar a nenhuma evidencia do porque dessa diferença de tratamento, e não só quanto à extensão da pena, como no acesso aos momentos de lazer de sociabilidade, uma vez que são pessoas com o mesmo perfil sócio-econômico, com as mesmas situações e com histórias de vida mais ou menos semelhantes. São pistas seguramente a serem aprofundadas em etapas futuras.

Esses primeiros resultados alcançados compreenderam a fase exploratória de nossos estudos, servindo de ponto de partida para investigações e reflexões mais aprofundadas que pretendemos continuar em etapas futuras.

REFERÊNCIAS:

- ADORNO, Sérgio. *O sistema penitenciário no Brasil: problemas e desafios*. Revista USP, São Paulo, Hucitec, 1991, pp.181-208;
- _____. *Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no Tribunal do Júri*. Revista USP – Dossiê Judiciário. São Paulo, nº 21, março-maio, pp. 132-51, 1994;
- _____. *Reincidência e reincidentes penitenciários em São Paulo, 1974-1985*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº 09, vol. 03, fevereiro, 1989”.
- Américas Watch Committee. *Condições das prisões no Brasil*. São Paulo, OAB-SP/NEV-USP e outros, 1989;
- AZEVEDO, M. A. *Mulheres Espancadas. A violência denunciada*. São Paulo, Cortez, 1985;
- BARROS, José Manuel de Aguiar. *A utilização político ideológica da delinquência*. Encontros com a Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, nº 20, p.p.11-9, 1980;
- CALDEIRA, Tereza. *Direitos humanos ou privilégios de bandidos*. Novos Estudos Cebrap, São Paulo (30): 162-74, 1991;
- CARDIA, Nancy. *Direitos humanos e exclusão moral*. In: Os direitos humanos no Brasil, São Paulo: USP, Núcleo de Estudos da Violência, Comissão Teotônio Vilela, 1995. pp. 19-43;

CARVALHO, José Murilo, PANDOLFI, Dulce Chaves (org.). *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999 ;

COELHO, Edmundo Campos. *Sobre sociólogos, pobreza e crime*. Dados— Revista Brasileira de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, 23(3)/ 377-83;

CORRÊA, Darcísio. *A Construção da Cidadania. Reflexões Histórico-Políticas*. Ijuí, Unijuí, 2000;

DORNELLES, J. Ricardo. *O que são Direitos Humanos*. São Paulo: Brasiliense, 1989;

FARIA, J. E. “ O desafio do Judiciário”. Revista USP – Dossiê Judiciário. São Paulo, nº 21, março- maio, p. 46-57, 1994;

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1975;

GARRO, Alejandro M. *Acesso à Justiça para os Pobres na América Latina*. In: Democracia, Violência e Injustiça. O Não- Estado de Direito na América Latina. São Paulo, Paz e Terra, 2000;

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1990;

GRYNSZPAN, Mário. *Acesso e recurso à justiça no Brasil: algumas questões*. In: Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999;

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra mulher: o papel do judiciário na resolução dos conflitos de gênero*. São Paulo: Annablume: FAPESP, 1998;

LOPES, J.R. *Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição*. Revista USP – Dossiê Judiciário. São Paulo, nº 21, março- maio, p. 22-33, 1994;

MÉNDEZ. Juan E., O'DONNELL, Guillermo, PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Democracia, Violência e Injustiça: O Não- Estado de Direito na América Latina*. São Paulo, Paz e Terra, 2000;

PAIXÃO, Antônio Luiz. *Recuperar ou Punir? Como o Estado trata o criminoso*. S.P., Cortez, 1987;

PANDOLFI, Dulce Chaves. *Percepção dos direitos e participação social*. In: Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 45-58;

PINHEIRO, Paulo Sérgio. *O Estado de Direito e os não-privilegiados na América Latina*. In: Democracia, Violência e Injustiça. O Não- Estado de Direito na América Latina. São Paulo, Paz e Terra, 2000, p.11-29;

RAMALHO, José Ricardo. *Mundo do Crime: a ordem pelo avesso*. Rio de Janeiro: Graal, 1979;

TAVARES DOS SANTOS, J. Vicente(org.). *Violência em tempo de globalização*. São Paulo: Hucitec, 1999;

ZOLO, Danilo. *Filosofia da Pena*. Folhas avulsas.

Resumo: O texto busca, tendo em vista o equívoco conceitual entre os vocábulos direito, justiça, moral e ética, estabelecer, a partir do pensamento de André Comte-Sponville, a distinção das ordens (esferas semânticas) pertinentes a cada termo. Tem como ponto de partida uma análise histórico-evolutiva da preocupação ética que permeia a cotidianidade. Por meio de um estudo etimológico do vocábulo *ethos*, discorre acerca do conceito de ética. Ao definir as relações entre direito, justiça, ética e moral, culmina por estabelecer um conceito de cidadania.

Palavras-chave: direito, justiça, moral, ética, cidadania.

Introdução

Não só o senso comum, mas um expressivo número de estudante comete amiúde um singular equívoco no que diz respeito aos conceitos de direito, justiça, ética e moral. Os equívocos semânticos podem ser explicados pela proximidade conceitual que envolve alguns termos, mas na verdade cada vocábulo tem sua esfera distinta, sua ordem específica. Estudantes mais entusiasmados chegam mesmo a entender o direito como solução para todas as dificuldades que envolvem as relações sociais, o que poderia levar o direito a um processo de banalização.

Tomemos como ponto de partida o direito. O direito reclama a si o *status* de ciência, pois possui uma ampla visão de determinada área do saber. Não se ocupa de acontecimentos isolados. É reflexivo; suas ações são ordenadas de forma lógica. Já a justiça é um ideal, é uma busca, está afeito à esfera da ética; se ocupa com valores.

O problema da justiça é o problema da busca do critério com base no qual uma certa conduta e a norma à qual ela parece inspirar-se possam ser avaliadas como justas ou injustas. Isto é, a justiça não é senão um critério de avaliação ou, como sucintamente se diz, um valor, e precisamente o valor que se realiza por meio do instrumento do direito. O

* Mestre em Filosofia, professor da disciplina Filosofia do Direito na FESP Faculdades. Pesquisador do Programa de Iniciação Científica da FESP Faculdades.

problema da justiça, portanto, nada mais é que o problema do valor jurídico, do seu fundamento, dos seus conteúdos. (LUMIA, 2003, p. 120).

No esforço para encontrar um denominador comum entre o direito e a ética, fomos levados a nos questionar primeiramente no porquê de tal preocupação. Ora, hodiernamente, a questão moral parece ter invadido nosso cotidiano. Fala-se em ética a todo o momento; procuram-se identificar atitudes éticas nos mais variegados assuntos. Fala-se em ética na política, fala-se em ética no *football*, mesmo quando presenciamos faltas desleais, resultados fabricados, etc. Fala-se em bioética, em ética nas relações sociais, no direito, nas relações de trabalho, na administração pública, apesar dos escândalos noticiados pela *media*.⁸

A palavra ética penetrou de tal modo o vocabulário corrente a partir de meados dos anos 80, fazendo deste termo um emblema simbólico privilegiado de uma nova época e de uma nova sensibilidade – assim como no início do século XX, e principalmente entre as duas Grandes Guerras, prevaleceu a linguagem da decadência, a partir da Segunda Guerra Mundial vulgarizou-se a ideologia do desenvolvimento, e nos anos 70 impôs-se a idéia de cultura como uma preocupação fundamental das sociedades – que não seria exagero nenhum afirmar que este final de milênio tornou-se possível de caracterização como a “Idade da Ética”. (GONTIJO, 1998, P. 173).

Em suma, a ética passou a ser algo como que um referencial que acompanha de perto todo o agir humano. A ausência dela explica e serve como desagravo para quaisquer deslizes. E por quê? Como resposta, sugerimos um rápido passeio pela história.

De início vivemos numa era de deuses: um deus para cada atitude, para cada *hybris*⁹, retirando assim do homem qualquer responsabilidade. Aos deuses sucederam os heróis; heróis que cativaram nossa atenção, estabeleceram paradigmas, mas também se foram. A humanidade conheceu então um único Deus. O Senhor dos Exércitos pautou nossa conduta. Veio o cristianismo e ao homem foi dada a responsabilidade por seus atos. Mais ainda: apregoou-se uma igualdade de todos perante este novo Deus. Todavia, alguns homens se fizeram representantes divinos, e revestidos de tal autoridade nos revelaram um Deus arbitrário, vingativo, perseguidor, venal. Deus, através de seus pretensos prepostos passou a governar nossas vidas. Mil anos de uma “ditadura divina” e sem que os homens conhecessem o livre arbítrio, sem que se reconhecessem como iguais.

Finda a Idade Média, surge o movimento humanista. Não mais um teocentrismo. Com o humanismo o homem percebeu que podia atuar na natureza; entendeu-se como indivíduo autônomo, capaz de traçar seu próprio destino; o homem descobriu a si, descobriu o homem.

⁸ Entendemos manter o termo original em inglês “*media*”.

⁹ Hybris deve ser entendida como excesso, não pecado.

Contudo, o Humanismo passou a envergar trajes de fundamentalismo. Passamos a respirar um antropocentrismo extremado. Deus foi colocado em disponibilidade. Desponta o Iluminismo – *Aufklärung* – para iluminar os séculos de trevas. Contudo o homem não consegue responder às questões que a “vida iluminada” propõe. O homem ainda necessita de um esteio, de uma referência. Conhecemos a Revolução Industrial: o cientificismo como resposta para tudo. Mas o cientificismo tem seus limites; as ciências naturais e positivas limitam a si mesmas e não conseguem resolver problemas concernentes às relações sociais. A ciência nos acalenta, nos faculta prazeres, minimiza nossos sofrimentos, nos traz facilidades, mas igualmente nos deixa órfãos. O positivismo afasta definitivamente qualquer especulação metafísica. Nietzsche com seu niilismo anuncia a morte de Deus. Deus, de fato, morrera socialmente. Pelo menos ninguém, excetuando-se os religiosos, confessa fundamentar suas ações, lucubrações, ensinamentos, em matéria vinculada à divindade. Descobrimos o “eu”; de fato somos, mas o que somos? Surge a questão: quem poderia conduzir o rebanho humano? Segundo Nietzsche, em seu “Assim Falou Zaratustra” (1998), choramos copiosamente sobre a tumba do Deus que assassinamos. Onde o pastor das ovelhas desgarradas? Quem as apascentará? O homem busca outros líderes. Então a responsabilidade de conduzir a massa é transferida para o político. Até a metade do século XX a humanidade conhece seus “grandes” estadistas. Stalin, Mao, Tito, Franco, De Gaulle, Salazar, Hitler, Perón, Vargas. Assim a política se revela como solução; abandonamos-nos aos políticos, os cultuamos, mas eles também fracassam.

Não obstante, interesses particulares, ideologias esdrúxulas e romanescas sempre envolvem fracasso. E o fracasso chegou. O mundo e os homens amargaram duas grandes guerras. Os políticos também falharam na condução do rebanho. O mundo, então, vem experimentar certa convulsão; uma inversão de valores. Ficamos perdidos, em conflito. “[...] do conflito ao consenso, da política à moral (COMTE-SPONVILLE, 2005, p. 23).

Os anos do pós-guerra têm por símbolo uma enorme crise de valores. Beatles, os hippies, Festival de Woodstock, a ruptura com a tradição, o *laissez-faire*. É proibido proibir! E os políticos caíram em descrença, ou melhor, tornaram-se alvos de chacota, caíram em desgraça. Mas então, a quem entregar a condução do enorme rebanho humano? E o homem ficou só; o homem tomou para si a responsabilidade da autocondução. O individualismo se instala gradativamente e se explica. Deus se ausentara e depois padecera socialmente; os políticos falharam. O homem passa a cobrar de si o que dantes cobrava de Deus, da ciência e dos políticos. O homem não quer deixar-se fracassar; não quer fracassar diante de si e dos

outros homens. Então vê na ética o ícone de sustentação para balizar todas as ações, relações e interações. A ética se torna seu esteio.

Sem o menor receio afirmamos fazer parte de uma “geração moral”. A moral não nos pode deixar falhar. Por isso a ética está presente em nossas vidas; nós a respiramos, a desejamos, mesmo sem ter acerca dela conhecimento profundo. A ética passa a ser nossa tábua de salvação. Conduzir-nos-á? Ficam aqui algumas perguntas que acreditamos sem respostas para o momento. E se a ética não nos “guiar”, qual será nosso próximo passo? Segundo Giambattista Vico (2004), retornaremos à época dos deuses. Pelo menos instituições ditas religiosas têm surgido em proporções geométricas. Mas, quem o saberia ao certo responder?

Como verdadeiros representantes desta “geração moral”, somos levados a pautar nossos conhecimentos sem prescindir de tal “companhia”.

A Ética

O termo ética, muito em moda em nossos dias, trás em si grande complexidade, e isso se dá justamente pela banalização que o termo experimentou. O termo incorporou hodiernamente uma gama de significados estranhos a si mesmos, e o uso desordenado contribuiu para uma espécie de degeneração semântica. Ora, o termo ética tem sua raiz etimológica na língua grega clássica: *ethos*, que significa casa, morada, lar, lugar que se habita.

O próprio vocábulo *ethos* tem sentido muito mais amplo do que aquele que atribuímos à palavra ética. O conceito de *ethos* também experimentou uma evolução. De início referia-se ao lugar em que habitavam os animais, depois se tornou a morada dos homens. Acompanhemos mais detalhadamente a evolução deste conceito. A morada, o lar, não só é o lugar que se habita, mas onde desenvolvemos certos hábitos – não esqueçamos da educação caseira, cotidiana, pautada em repetições, em hábitos. Podemos aqui estabelecer um vínculo com o termo latino *habitat*. Neste ambiente doméstico, através da repetição, neste desenvolver hábitos, desenvolvemos também costumes. Os costumes, mesmo dentro da mais rudimentar estrutura social, acabam por se tornarem condutores das relações sociais. Costume, portanto, seria, em sua evolução etimológica, um primeiro significado para o termo *ethos*.

Bem, mas no lugar em que desenvolvemos nossos hábitos, nossos costumes, desenvolvemos também algumas características; características estas que tornam possíveis

funda em hábitos e costumes, a ética depende da vontade íntima e se revela pelas ações. As atitudes éticas pressupõem o pensar, a vontade, o querer, o fazer.

Muito embora seja na vida social que as atitudes éticas são passíveis de ser observadas, elas apresentam duplo aspecto: uma ética individual e outra em relação ao grupo. O homem tem deveres para com os semelhantes quando considerado individualmente. Mas também tem deveres para com o grupo. Como estabelecer harmonia entre uma moral pessoal e uma moral grupal? A moral individual pode exercer influência sobre a moral do grupo? Não seria o contrário, já que ficamos reféns do princípio sociológico de que o homem é produto do meio? De outro modo: o grupo não poderia trazer prejuízo aos indivíduos? Um só indivíduo pode prejudicar o grupo? Seja, porém, como for, não resta dúvida que, a uma ética individual, há que associar uma ética social e uma ética grupal, tendo em consideração as duas dimensões humanas, a saber: homem – sócio e homem companheiro. Esta limitação da “liberdade” individual em nada afeta a dignidade humana e a sua independência, porque o homem é, fundamentalmente, um animal político e um ser convivente. (GALÉOT *apud* VIANA, s.d, p. 49).

Mas vivemos em uma sociedade utilitária, onde a tônica é: *do ut des* – dou para obter algo em troca. Somente nessa sociedade os homens se associam e se realizam, porque ainda é nesta sociedade que os homens podem cumprir sua missão humana. Geralmente as obras consideradas individuais são fruto da coletividade. Miguel de Unamuno proclama:

[...] o primeiro dever do homem não é diferenciar-se, é ser homem pleno, íntegro, capaz de assimilar os mais diversos elementos que lhe proporciona um ambiente diferenciado. E o dever de quem quer que se consagre à ciência ou à arte, é estimar a sua obra mais do que a si próprio e procurar, com ela, não distinguir-se, mas alcançar a maior satisfação do maior número de próximos, a intensificação maior da vida própria e do maior número possível de vidas alheias. (UNAMUNO *apud* VIANA, s.d, p. 49).

Entendemos que não pode haver discordância entre a moral individual e a moral do grupo. Vejamos: o imoral, o desonesto, o perverso não pode assegurar vida condigna ao grupo social em que esteja inserido. A má intenção ou a indisciplina afetam sobremodo a coesão do grupo. Estendendo a relação para uma empresa, fica claro que a imoralidade do indivíduo pode comprometer toda a estrutura, do mesmo modo que uma laranja estragada compromete todo o cesto. Aqui nos reportamos à moral profissional que não poderia ser

olvidada em nosso trabalho. “O conceito de moral profissional, de onde resulta o de ética profissional, relaciona-se intimamente com o conceito pessoal de honra e com o conceito mais extenso de moral pública” (DUPRAT *apud* VIANA, s.d, p. 50).

Aqui se percebe claramente que moral e ética não são exatamente sinônimos. Como pairam dúvidas ainda sobre o que seria ética e moral, quando na busca de um denominador comum entre o direito e a ética, e com o auxílio de Comte-Sponville, teremos oportunidade de melhor dominar ambos os conceitos.

Ética e Direito

Coloquemos de início algumas questões. É possível a convivência da ética com o direito? Será que existe uma ética tipicamente jurídica? De outro modo: haverá um direito ético? Não estaria o princípio ético subsumido no princípio do direito? O simples fato do exercício do direito não pressupõe, não implica uma atitude ética?

Para respondermos as questões propostas, devemos, antes de qualquer coisa, distinguir a que ordem pertence tais conceitos. Será que direito e ética partilham de uma mesma esfera, de um mesmo universo? Se em orbes diferenciadas, quais os limites de cada uma delas? Voltemos-nos por breves momentos a Blaise Pascal.

Sabe-se que ele distingue três ordens diferentes: a ordem dos corpos ou da carne, a ordem do espírito ou da razão e a ordem do coração ou da caridade. Cada uma dessas ordens tem sua coerência própria, seus valores próprios, sua eficácia própria que, no entanto nada podem em outra ordem. (PASCAL *apud* COMTE-SPONVILLE, 2003, p. 427).

O que de início nos salta aos olhos é que o direito está adstrito numa ordem diversa daquela que alberga a atitude ética. Mas continuemos nossa empresa. André Comte Sponville, retomando a idéia de Blaise Pascal, instituiu quatro ordens distintas dentro de uma sociedade. São elas: a ordem técnico-científica, a ordem jurídico-política, a ordem da moral e a ordem ética ou ordem do amor.

Ele parte de uma ordem tecnocientífica, pois que elege o conhecimento técnico científico como fundamental dentro da sociedade. Afinal, o técnico-científico pode colocar certo Estado em destaque no panorama econômico-político mundial. O conhecimento se revela, portanto, como alicerce e, *ipso facto*, torna-se fator preponderante, tanto no que tange ao Estado em suas relações internacionais, políticas e econômicas, bem como nas relações

sociais. Mas a técnica, ou ainda, a ciência tem limites? O que limita a ciência? Para respondermos a esta questão far-se-á necessário a colocação de outra questão: que respostas podemos esperar das ciências? Ou ainda, a que questões a técnica pode responder? As ciências só podem responder acerca de suas possibilidades; a técnica só nos diz o que é possível ou impossível realizar. As ciências nos dizem como fazer algo, não nos diz se algo deve ser feito. Usemos como exemplo a genética: ela nos diz que é possível a clonagem humana através da manipulação de células tronco, mas não discorre sobre se tal experiência deve ser feita ou não. A genética não sabe e não pode responder a esta pergunta. E é justamente por não responder a esta questão que a genética, como as demais ciências, conhecem seus limites.

Essa ordem tecnocientífica é estruturada, internamente, pela oposição entre o possível e o impossível. Tecnicamente, há o que se pode fazer (o possível) e o que não se pode fazer (o impossível). Cientificamente, há o que se pode pensar (o possivelmente verdadeiro) e o que não se pode pensar (o possivelmente falso). Mas essa fronteira interna entre o possível e o impossível é incapaz de limitar a ordem tecnocientífica mesma. Por quê? Porque ela não para, historicamente de se deslocar! É o que chamamos de progresso científico e técnico. (COMTE-SPONVILLE, 2005, p. 51).

Este sim seria o limite externo da ordem tecnocientífica. “Resumindo, se deixarmos essa ordem tecnocientífica entregue exclusivamente à sua espontaneidade interna, todo o possível será sempre feito; ora, o possível hoje, é mais assustador do que nunca” (COMTE-SPONVILLE, 2005, p. 52). Então somos levados a limitar essa primeira ordem exteriormente, de modo que nem tudo cientificamente pensável ou tecnicamente possível seja realizado.

Adentremos agora numa ordem mais ampla: a ordem jurídico-política. Bem, esta ordem está vinculada aos legisladores, às leis, ao Estado. É esta ordem que nos dirá se o cientificamente pensável ou o tecnicamente possível é legal ou ilegal, é lícito ou ilícito; é o limite exterior traçado a uma ordem mais estrita.

Não obstante, antes mesmo de nos aprofundar no estudo desta segunda ordem, vale um comentário assaz importante. As ordens não são estanques, não são caracterizadas pelo hermetismo. Muito pelo contrário, elas se comunicam; por vezes até mesmo a temática de determinada ciência provoca um tipo de interação. Vejamos o exemplo de nosso trabalho: o direito se desenvolve na esfera do jurídico-político, e esta ordem nos dirá se algo é lícito ou ilícito. Não obstante, devemos ter em conta não só a existência de uma licitude jurídica, mas

também de uma licitude moral. Ora, o lícito e o ilícito não são pertinentes à esfera do jurídico-político? Desde quando a moral se ocupa do lícito ou do ilícito? Desse modo fica evidenciado a não-estranheza das ordens. Então, no caso do direito, caminham *pari passu*, as ordens moral e jurídico-política.

A ordem jurídico-política apresenta como estrutura interna uma oposição; oposição esta que oscila entre o legal e o ilegal. Falamos acima que esta ordem está diretamente vinculada ao Estado, às leis. O legislador é quem vai nos dizer se a ordem tecnocientífica deve ou não fazer algo, e isso, num estado democrático representativo, atendendo a vontade de um povo soberano. Uma norma positivada dirá se tal fato seria legal ou ilegal; se atitudes daí advindas seriam lícitas ou ilícitas.

Afinal, falamos em leis, em legisladores que atendem às expectativas de um povo soberano. Então por que pensarmos em limitar esta segunda ordem? Isso seria pretender calar, por limites à democracia. Contudo, existem razões individuais e coletivas para que os limites sejam impostos.

Começemos pelo ponto de vista individual: leis não vedam a mentira, não vedam o egoísmo, não vedam o desprezo, o ódio, a maldade, a arrogância, a inveja, o orgulho, etc. No entanto, este indivíduo cumpre a lei cegamente. Ora, parece que estamos diante de um legalista, embora um verdadeiro canalha. Comte-Sponville (2005) chama este personagem de um “canalha legalista”. Immanuel Kant afirmara em sua “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” que a moralidade não advém do cumprimento da lei.

Discorramos agora pelo ponto de vista da coletividade. No momento em que falamos de coletividade dentro do sistema democrático, não nos reportamos a cidadão ou cidadãos em particular; falamos do povo e sua soberania. Propomos algumas questões recorrentes: será que por se falar em legisladores atenderem às expectativas do povo, implica diretamente dizer que, pelas leis, o povo tem todos os direitos? Não seria um contra-senso declarar que o povo tem todos os direitos? Quais seriam os limites desses direitos? Mesmo na mais perfeita democracia, o povo está submetido às leis. Mesmo na democracia o povo é ainda súdito. É na democracia que o povo deve decidir sobre seus próprios direitos e os limites desses direitos; só assim ele se manifesta como soberano. A soberania do povo se manifesta através da prerrogativa de modificar as leis, mas não violá-las.

Parece que se justifica a decisão de por limites a essa segunda ordem: a ordem jurídico-política. Escapamos assim do canalha legalista (pelo aspecto individual) e do povo que pretende ter todos os direitos (o aspecto coletivo). Direitos inalienáveis de um povo propõem nada mais que a absolutização de uma vontade que, não raramente, conduz a

excessos. Evidentemente, essa ordem não tem como limitar-se a si mesma. Portanto, seu limite deve ser estabelecido do exterior. A ordem seguinte, a que vem por limites a esta última, já que o simples fato de cumprir a lei não torna ninguém moral, será a ordem da moral.

Muito embora entendamos a democracia como sistema apropriado ao elenco humano, sabemos que ela, em si, não pode ser vista como recurso para todo e qualquer problema atinente ao ser humano.

[...] não se vota ou verdadeiro ou o falso, nem o bem ou o mal. É por isso que a democracia não substitui nem a consciência nem a competência. E vice-versa: consciência moral (na ordem nº 3) e competência (na ordem nº1) não poderiam substituir a democracia (na ordem nº 2). (COMTE-SPONVILLE, 2005, p. 62).

Na verdade, parece que nesta nova ordem, a moral, falamos de consciência. A quem a consciência obedece? A si mesma. E em quem a consciência manda? Em si mesma. Segundo Rousseau, em seu “Do Contrato Social”, mandar e obedecer a si mesma é o modo de ser livre da consciência. A moral, a consciência vem impedir ao soberano de ter todos os direitos. Aqui cabem algumas colocações pontuais de Comte –Sponville.

Essa limitação da ordem nº 2 pela ordem nº 3 vale primeiro para os indivíduos. Há coisas que a lei autoriza e que, no entanto, devemos nos vedar, outras que a lei não impõe, que, no entanto, devemos nos impor. A moral, do ponto de vista dos indivíduos, se *soma* à lei. É como um limite positivo: a consciência de um homem de bem é mais exigente que o legislador; o indivíduo tem *mais deveres* que o cidadão. (COMTE-SPONVILLE, 2005, p. 62).

Falemos agora na limitação para os povos. Pode a Constituição de determinado país, através de lei, permitir ações discriminatórias, atitudes que podem levar a exclusão, a reações preconceituosas. Mas um imperativo moral, a consciência moral, deve rejeitar tal “brecha”. “A moral do ponto de vista do povo, efetua, portanto, uma espécie de subtração: o conjunto do que é moralmente aceitável (o legítimo) é mais restrito do que o conjunto do que é juridicamente cogitável (o legal, inclusive em potencial)” (COMTE-SPONVILLE, 2005, p. 62).

Outro aspecto a ser analisado: o que vem a ser a moral? A moral é autônoma; é um conjunto de obrigações ou proibições que impomos a nós mesmos. Mas qual sua origem? A origem da moral é histórica, cultural; são normas criadas para atender apelos da humanidade em tempo determinado. Porquanto ela é relativa. Mas ainda há outro aspecto: “Mas nem por isso ela deixa de funcionar subjetivamente, como um absoluto: moralmente há o que devo fazer (o dever) e o que não devo fazer (o proibido, que nunca é mais que um dever negativo)” (COMTE-SPONVILLE, 2005, p. 64).

Será que ter em vista o fato de a moral ter-se revelado como relativa, resvalando até mesmo para o subjetivismo, provocaria nesta ordem – a ordem moral – a necessidade de limite? Por que tal preocupação? Comte-Sponville estabelece uma diferença fundamental entre ser moral e ser moralizador. O ser moral cuida única e exclusivamente do seu dever; o moralizador cuida do dever alheio. Pregar coragem não é prova de coragem; fazer apologia da generosidade não é dar mostras de ser generoso. Neste caso talvez não se possa falar em limite, mas sim desmembramento da ordem; numa ordem que venha complementar a ordem moral. Bem, esta ordem, como complemento da moral, seria a ordem ética.

A ordem ética, no entender de Comte-Sponville, como já dissemos alhures, seria a ordem do amor. Nesta ordem, o amor seria a medida. Entendamos o amor como valor supremo. Retornemos um pouco e percebamos nossa justificada apreensão com a ilimitada possibilidade da ordem tecnocientífica, com a ilimitada vontade do povo soberano, com a ilimitada contextura dos preceitos morais que podem levar o ser moral a tornar-se moralizador. No entanto, qual seria a apreensão acerca de um amor sem limite? Nenhuma apreensão; pelo contrário o amor ilimitado é sempre desejável, sempre bem-vindo. Por isso a importância desta quarta ordem; na verdade uma ordem complementar. O amor a que nos reportamos não está vinculado a Eros; está ligado à *philia*¹² grega, à *caritate* dos latinos, ao *charitas*, entendida como aquilo que move a vontade na busca efetiva do bem de outrem. É o amor à verdade, o amor à liberdade, o amor à humanidade. No caso da ordem do amor, ela exhibe uma faceta ímpar. “O amor intervém, portanto, nas ordens precedentes, mas sem aboli-las, e muito mais como motivação (para o sujeito) do que como regulação (para o sistema)” (COMTE-SPONVILLE, 2005, p. 69).

Bem, coloquemos a questão original de nosso trabalho: Direito e Ética são compatíveis? Se nos arriscarmos a uma resposta simplista estamos comprometendo tudo o que até aqui foi dito, pois que o direito, na sua relação com a moral, se insere em duas ordens, enquanto que a ética restringe-se em sua própria ordem, isto é, a ordem do amor.

¹² Não nos referimos à afinidade patológica.

Comte-Sponville (2005) vem nos falar ainda de uma barbárie e de um angelismo. Esta distinção foi colocada para demonstrar que as diferentes ordens, muito embora possam adentrar as esferas vizinhas, jamais devem interferir de modo marcante uma sobre a outra. Porque, como já vimos, as ciências da natureza não sabem responder se suas ações são legais ou ilegais, se são boas ou más, se justas ou injustas, se lícitas ou ilícitas. A natureza não tem compromisso político, jurídico, moral ou ético; a natureza é como é. Do mesmo modo, a área jurídica preocupa-se com o lícito e o ilícito; a área da política preocupa-se com o bem ou o mal no que diz respeito aos cidadãos; a atender suas necessidades. Nem uma nem outra trazem em seu arcabouço compromisso algum com o que é justo ou injusto, porque a justiça está vinculada à ética. A justiça serve de referência ao direito, é o seu dever-ser. A justiça justifica uma deontologia jurídica. É a ordem mais ampla que se imiscui numa ordem mais restrita.

Uma barbárie seria analisar e querer tomar decisões acerca de uma temática pertinente a ordens mais abrangentes, a partir de uma ordem mais restrita. Por exemplo: querer tratar da moral tendo em vista somente os princípios da técnica ou da ciência. A barbárie deve ser entendida como um reducionismo científico. Numa linguagem mais específica, o cientificismo. Seria viável uma moral científica?

Por outro lado temos o angelismo, ou seja, a pretensão de tratar problemas tecnocientíficos e/ou político-jurídicos pelo viés exclusivo da moral ou da ética. Este angelismo pode conduzir a ações ainda mais reprocháveis que o próprio cientificismo. Algumas religiões fundamentalistas, que por confundirem princípio moral e ética com revelação evangélica, acabam por criar sérios problemas à medicina, instaurando inclusive processos criminais, por conta de transfusões que o profissional médico, em sua diligência, prescreve com o intuito de salvar a vida humana. As questões científicas devem ser tratadas unicamente pela ciência, pois que elas dirão da possibilidade ou não de suas ações. O que diria um contabilista ao cliente que contesta o resultado de seu balanço, com o argumento da imoralidade? A contabilidade não tem compromisso moral, ele se respalda na aritmética. Podemos ainda citar como exemplo um problema que nos tem reclamado a atenção atualmente. O que dizer das consequências do efeito estufa? Poder-se-ia chamar de imoral as previsões catastróficas dos ecologistas e meteorologistas?

Até o momento presente não respondemos a questão originária de nosso trabalho: direito e ética são compatíveis? Vejamos! O direito são as pessoas que o exercitam. Evidentemente o direito, enquanto ciência, não tem vontade ou consciência, mas as pessoas que o tornam possível, sim. O direito, em si, desconhece a virtude, ele é amoral. E o que

seria a virtude? Qual o seu conceito? Talvez o conceito de virtude possa estabelecer um vínculo entre direito e os indivíduos que a compõe. “Uma virtude é um traço de caráter difuso que permite uma pessoa ‘ajustar-se’ a uma determinada sociedade” (SOLOMON, 2006, p. 179). As pessoas envolvidas numa atividade sim; podem ser virtuosas ou não.

Aristóteles analisou as virtudes como os constituintes básicos da felicidade, e elas incluíam, cabe acrescentar de imediato, além de virtudes “morais”, como a honestidade, muitas virtudes “amorais”, como espirotuosidade, generosidade e lealdade (Aristóteles, na verdade, sequer se preocupou em distinguir o que chamaríamos de virtudes morais ou amorais. Considerava-as todas importantes). (ARISTÓTELES apud SOLOMON, 2006, p. 179 -180).

E outra questão se nos afronta: onde se pode perscrutar as virtudes? No eremita? No misantropo? Não! Definitivamente não! As virtudes só se fazem reconhecer em face das relações entre pessoas.

A ética aristotélica é uma ética da virtude, uma ética em que a integridade pessoal e corporativa constitui a atenção e o foco centrais. Todavia, virtude e integridade não podem ser encontradas no vácuo. Não aparecem de maneira milagrosa no indivíduo atomístico, não podem ser adquiridas ou encomendadas, nem são a província especial dos santos. (SOLOMON, 2006, p. 181).

Dito isso, podemos entender que moral e a ética (ordem do amor) podem estar presentes no exercício jurídico. Não que se trata de um angelismo, porque a ordem da moral ou o seu desdobramento (aprimoramento), a ordem ética, não interfere nas ações pertinentes ao direito. As pessoas membros, a partir de suas ações individuais, acabam por influenciar nos meios sociais. Émile Durkheim nos faz lembrar que a sociedade é um repositório de valores individuais – vale repetir: valores e não vontades – e que estes valores já não mais identificados como individuais, mas sim como valores da coletividade, acabam por assumir a característica de coercibilidade. Então podemos afirmar com certeza que não existe uma ética jurídica, não existe uma ética específica do direito. Existe sim uma ética no direito, e a partir daqueles que o integram, que o exercem.

Nosso tema deveria abordar não só a ética e o direito, mas também a cidadania. Falamos em cidadania? Não!? Ora, quando adentramos a ordem da ética – a ordem do amor –, quando respeitamos nosso próximo e suas idiossincrasias, quando respeitamos a verdade,

a liberdade, quando respeitamos o espaço que dividimos com o outro, quando respeitamos o mundo, quando respeitamos as diferenças, quando partilhamos experiências, tornamo-nos cidadãos, e dessarte, promovemos a cidadania.

REFERÊNCIAS

- COMTE-SPONVILLE, André. *O capitalismo é moral? Sobre algumas coisas ridículas e as tiranias de nosso tempo*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GONTIJO, Eduardo Dias. *Ética e Conhecimento*. In Síntese: Ética e Ciência, Vol. 25, n° 81, abril-junho de 1998, p. 173 – 187.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Porto: Porto Editora, 1995.
- LUMIA, Guiseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*. Tradução: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém*. 9 ed. Tradução: Mário da Silva. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- SOLOMON, Robert. C. *Ética e Excelência: cooperação e integridade nos negócios*. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- VIANA, Mário Gonçalves. *Ética Geral e Profissional*. Porto: Livraria Figueirinhas, s.d.
- VICO, Giambattista. *La Scienza Nuova*. 9 ed. Milano: Biblioteca Universale Rizzoli, 2004.

RESUMO : O cenário atual do Brasil privilegia as discussões sobre a reforma do Judiciário e a importância que este tem na organização social, de modo que a aplicação da justiça como fim dessas instituições ganha importância cabal. Nessa mesma vertente mostra-se a pesquisa de novas formas de aplicação da lei garantindo o fim social ao que se destina, quando da sua criação. A modernização do Judiciário parte, neste trabalho, para uma visão doutrinário-filosófica, privilegiando o pensamento de estudiosos que trabalham com a noção de justiça, sociedade e lei na busca de uma igualdade entre os diversos setores existentes numa nação. O presente artigo versa sobre as modernas correntes filosóficas no que tange a efetivação da justiça, analisando de maneira prática com o fim de fomentar a discussão sobre o tema e contribuir com o aprimoramento do assunto. Importante ressaltar a necessidade do estudo da filosofia jurídica na formação de acadêmicos de direito e no auxílio de magistrados nos dilemas de aplicação da lei aos casos concretos. Desconstruindo a noção de que os estudos de temas filosóficos não têm conotação prática, com o objetivo de revitalizar a importância das ciências humanísticas que se relacionam de maneira imprescindível com o estudo jurídico. Busca-se ainda, extrair da filosofia dogmática os impactos do pensamento jurídico no seio da sociedade como forma de analisar a eficácia das instituições criadas por lei.

Palavras-chave: Justiça ; Filosofia do Direito; Democratização do Judiciário; Teoria do Direito.

Introdução

O ensino da filosofia como parte elementar da formação do jurista tem por escopo aprimorar o leque de conhecimento de ciências humanas e áreas afins para contrapor a visão tecnicista que possa incorrer no estudo do direito. A filosofia, primeiramente, necessita vencer o estereótipo de ciência subjetiva e de pouca aplicação prática, mostrando sua importância como forma de pensamento lógico e metodológico. Nessa perspectiva é que se invocam suas bases para analisar a aplicação do direito hodiernamente na busca da satisfação da justiça.

O fim social do direito é incontestável a manutenção da paz na sociedade, a efetivação do direito subjetivo das partes que duelam em um processo arbitrado pelo poder público, de

* Graduado em Direito. Assessor Jurídico da Secretaria de Finanças da Prefeitura do Recife/PE.

maneira que a aplicação do direito deveria ser a coroação da justiça. Porém, nem sempre é alcançada a equidade, e diante dessa problemática que se encontra o magistrado.

Entrando a filosofia como uma necessidade *primaeva* de se conduzir um estudo elucidativo do que é justiça e como alcançá-la. Na busca de uma linha de pensamento que resolva o problema da efetivação da justiça, a análise das correntes modernas que ventilam possibilidades é de importância cabal, utilizando-se do comparativo para extrair o que de mais importante se mostre em tais pensamentos, confrontando cada ponto de vista, numa exegese constante.

Utilitarismo

O direito nasce da necessidade de se acomodar interesses diversos, com a justiça como objetivo final e imediato. As próprias instituições públicas devem promover sempre um tratamento eqüitativo e eficiente dos problemas sociais, se não fosse assim, não teria motivo de existência, passando a ser apenas órgãos de repressão a serviço de uma classe dominante.

Apesar dos diferentes pontos de vista, os cidadãos possuem um senso comum de justiça onde os dissídios possam ser resolvidos, levando em consideração o bem comum, esse seria o pilar de uma sociedade bem estruturada e consoante. Na visão de John Rawls (1997, p. 5/7):

Sociedades concretas são, é obvio, raramente bem-ordenadas nesse sentido, pois o que é justo e o que é injusto está geralmente sob disputa. Os homens discordam sobre quais princípios deveriam definir os termos básicos de suas associações. Todavia ainda podemos dizer, apesar dessa discordância, que cada um deles tem sua concepção da justiça. Isto é, eles entendem que necessitam, e estão dispostos a defender, a necessidade de um conjunto de princípios para atribuir direitos e deveres básicos e para determinar o que eles consideram como distribuição adequada dos benefícios e encargos da cooperação social.

Assim, a justiça, além de ter como consenso um senso comum, tem que ser eficiente e aplicável, para que quando a ordem social seja violada, o mecanismo de repressão possa ser acionado para estabilizar novamente a estrutura social. A falta de um sistema democrático de justiça fomenta hostilidades e desconfianças entre os cidadãos, assim também o simples caráter distributivo não serve aos fins de persecução de justiça social.

O utilitarismo clássico defende que a sociedade bem organizada e justa é aquela em que suas instituições estão afinadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de bem coletivo de acordo com a soma de participação do maior número seus membros. Seu grande defensor foi Henry Sidgwick¹³, adotando uma postura mais racional de que aquilo que é bom para a maioria é logicamente bom para todos. As pessoas estão mais inclinadas a acreditar que a felicidade necessita de sacrifícios de alguns para ser alcançada e a soma de satisfação auferida seria um índice razoável para a satisfação geral. Nessa linha de raciocínio, tem-se que instituições produtivas são aquelas que conseguem maximizar a garantia do bem maior para a maioria dos indivíduos, sendo assim tidas como justas.

Em tal teoria, leva-se em conta a moral de cada indivíduo em racionalizar o que seja bom. O que é bom em nível particular é bom para a coletividade, e o problema está exatamente em definir aquilo que é bom. Se se considerar para isso a excelência humana e o perfeccionismo do ser, adotar-se-ão as posturas morais de Nietzsche¹⁴, que defende a liberdade do ser humano para criar seus próprios conceitos morais de maneira niilista, em que existe uma superação dos conceitos pré-existentes para a criação de um código de condutas pessoal. Por outro lado, procurar o bem como busca pelo prazer termina por desembocar no hedonismo Socrático. As variáveis são muitas. Para o utilitarismo clássico, pode-se dizer que o bem é a satisfação do desejo racional, dessa maneira a distribuição de direitos e obrigações pouco importa diretamente; desde que seja alcançada a maximização do desejo racional. A justiça pouco se importaria com as perdas da parcela pequena da população que não obteve êxito. Observando essa linha de raciocínio, chega-se ao ideal de um observador imparcial que teria por objetivo concretizar os desejos da maioria da sociedade, procurando maximizar o bem, através de um legislador solidário e atento aos anseios da sociedade que poderia buscar esse fim. Em um sistema eminentemente teleológico, o legislador ideal deverá administrar os ônus e bônus da sociedade, distribuindo-os de maneira que se alcance o maior índice de produtividade, de maneira racional.

O problema de tal fundamentação seria exatamente a marginalização de grupos sociais, já que a uma parcela da população não seria contemplada pela maximização do bem exigido na doutrina utilitária, pois não se levaria em conta o pluralismo da sociedade. E é inconcebível que parcelas da população tenham que abrir mão de parte de seus direitos para a manutenção do bem comum e da harmonia social. Na doutrina constitucionalista embasada nos Direitos Humanos, os direitos e garantias individuais são irrenunciáveis, fora de qualquer negociação

¹³ SIDGWICK, Henry. *Methods of Ethics*. 7ª ed. Hackett Publishing Company. 1981.

¹⁴ HEIDEGGER, Martin. Nietzsche: Vol. 1. São Paulo. Forense Universitária. 2007

seja particular ou pública, nem mesmo, como defendem os utilitaristas, em casos de extrema necessidade.

Intuicionismo

No intuicionismo, são utilizados vários princípios como base, buscando qual o que melhor se encaixa ao ideal de igualdade. Nessa doutrina, não existe um tipo de pensamento predominante que possa ser utilizado para se chegar ao ideal de justiça – existe, sim, um pluralismo de idéias. A única regra utilizada para se comparar as vertentes de pensamentos que se entrecrocaram é a intuição do que seja justiça. Cada grupo teria seu senso comum do que seria justiça e dentro desses grupos se devem analisar todos os critérios que incidem sobre o caso telado, como no problema do salário justo, explicitado por Rawls (1997, p. 38):

Na busca da noção de salário justo precisamos de algum modo equilibrar vários critérios concorrentes como, por exemplo, as alegações de habilidade, treinamento, esforço, responsabilidade e risco do trabalho, e também levar um pouco em conta a necessidade. Presume-se que ninguém decidiria baseando-se em uma só dessas regras; é preciso estabelecer algum equilíbrio entre eles.

Assim, pessoas que possuam maior vantagem em um dos critérios, tenderiam a defender a instituição do justo apenas pelo critério que lhe favorece. Os empregadores, por exemplo, utilizariam como critério para instituir o salário justo apenas o lucro que cada trabalhador lhe proporciona.

Em cada situação, o conceito de justiça ainda é influenciado pelas expectativas e costumes particulares. Assim, no tocante a justiça social, discute-se como adequar todos os critérios utilizados na concretização da justiça, sem deixar que uma só linha de pensamento se sobressaia. No fim, chega-se a conclusão de que, apesar de se levantar o problema dos juízos pessoais sobre o bem, o justo e o injusto, é impossível atribuir prioridades aos princípios conflitantes de justiça. Enquanto o intuicionismo prega a confiança na intuição para encontrar o ponto de equilíbrio, o utilitarismo nega totalmente o apelo intuitivo, baseando-se na capacidade racional dos indivíduos.

É defendido que se deve evitar ao máximo usar de juízos particulares ponderados sobre a formulação do que seria justiça, pois assim não seria possível uma homogeneização e o conceito intuicionista seria apenas parcial e secundário; poderia, ainda, ser modificado com o

passar do tempo, pois se adequaria ao momento histórico vivido, assim como com as expectativas de justiça que cada pessoa traz de maneira pessoal.

Necessário se faz procurar um ponto de equilíbrio que consiga congregar todos os critérios para concretização da justiça desse pressuposto partem os teóricos, o de que se deve criar um princípio com serventia norteadora dentro da doutrina intuicionista para congregar o pluralismo de idéias existente.

Eqüidade no contratualismo

Quando se fala de Estado, organização social e Justiça, acaba-se remetendo ao Contrato Social, explicitado por Rousseau¹⁵. Resumidamente, é fruto da cessão, por parte de cada indivíduo, de uma parcela de sua liberdade em prol da coletividade, essa representada pelos seus governantes. Nesse sentido, o cidadão livre abre mão de seus interesses em prol de uma harmonia social maior, não podendo haver classe sacrificada para que outra possa gozar direitos, todos devem ser igualitariamente tratados.

De acordo com o contratualismo, o ideal de justiça deve nascer do bem comum e abranger todos os cidadãos que dispõem de sua individualidade com o fim de harmonizar a sociedade através da eqüidade. Nele, não se busca a maximização da satisfação na sociedade, mas sim, uma equidade entre todos os indivíduos, um lugar comum com regras pré-fixadas que sirvam igualitariamente a todos. Não existe a figura do observador imparcial como no utilitarismo, mas sim, uma construção coletiva de todos os grupos sociais.

Indo mais longe à noção de que todo o poder emana do povo, Rousseau afirma da impossibilidade de representantes conseguirem expressar a vontade soberana do povo. Segundo Darcy Azambuja (1976, p.274):

Negando, assim o regime representativo, Rousseau, no entanto reconhece a impossibilidade de o povo governar-se diretamente, e concede que eleja certos cidadãos para fazer as leis. Mas, apressa-se a acrescentar: 'Os deputados do povo não são seus representantes; eles não são mais que os seus comissários'.

Dentro dessa perspectiva, a justiça nasce da construção coletiva, mas é anterior, é criada antes da sociedade, e os cidadãos não usam de seus desejos pessoais para contestar o conceito de justiça existente, passando a adequar seus objetivos pessoais ao ideal de justiça

¹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

imposto pela sociedade, a fim de não feri-lo. Diante disto, tem-se uma limitação obrigatória dos desejos e satisfações pessoais pelo paradigma do que seria justo coletivamente.

Chega-se então à conclusão de que, em um sistema de contratualismo no qual exista a busca da equidade, o justo vem antes do bem, pois, entendendo o bem como a realização dos desejos pessoais, tem-se que os objetivos particulares devem sofrer adequação ao que é socialmente justo, a partir daí, os desejos individuais estarão em conformidade com a justiça social. No contratualismo, acaba-se por ter um modelo de moral que deve ser seguido, incentivando o que se lhe conforma e descartando aquilo que não se lhe enquadra. Fazendo um paralelo com o utilitarismo, pode-se também afirmar que modelos de moral são utilizados no utilitarismo para incentivar aquilo que pode maximizar o bem coletivo.

Porém a imutabilidade da teoria do contratualismo pode sofrer, sim, modificações quanto à noção geral de justiça, se as mudanças que forem feitas estiverem de acordo com o interesse comum. Tais desvios do estado de natureza foram defendidos por Locke¹⁶ em sua teoria contratual e estudados por John Rawls (1997, p. 36):

Está claro que todas as transformações do estado de natureza aprovadas por Locke satisfazem essa condição e são de tal espécie que seres humanos racionais preocupados em promover seus fins poderiam consenti-las num estado de igualdade.

A sociedade bem ordenada almejada por essa teoria seria baseada na cooperação entre indivíduos para auferir vantagens recíprocas em um sistema rígido que garantisse a equidade entre todas as camadas da sociedade, partindo de uma construção pluralista.

Moral, ética e justiça

Ao se referir ao vocábulo “público” pode-se entender, segundo Hannah Arendt, que a esfera do público significa aquela na qual se materializam os desejos privados. Quando se proferem palavras, trazem-se do mundo privado das mentes as idéias, produzindo conceitos explícitos na esfera pública. Em suas próprias palavras:

Em comparação com a realidade que decorre do fato de que algo é visto e escutado, até mesmo as maiores forças da vida íntima – as paixões do coração, os pensamentos da mente, os deleites

¹⁶ LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. 2ªed. São Paulo. Martins Fontes.2005.

dos sentidos – vivem uma espécie de existência incerta e obscura, a não ser que, até que, sejam transformadas, desprivatizadas e desindividualizadas, por assim dizer, de modo a se tornarem adequadas à aparição pública. A mais comum dessas transformações ocorre na narração de histórias e, de modo geral, na transposição artística de experiências individuais. (ARENDT, 2005, p. 60)

Mais do que isso, a esfera pública tem o condão de unir em coletividade, destituir os mundos pessoais e imergir em questões atinentes ao interesse comum. Daí nasce a necessidade de regras éticas, morais e jurídicas para o bom convívio.

O pensamento filosófico moderno de Spinoza¹⁷ procurou separar a ética da moral, afirmando que esta última estaria relegada à religião e apesar de que tanto a ética como a moral têm por finalidade a regulação do homem, a liberdade adviria da sublimação de tais limitações. No mundo da ética de Spinoza, o homem que procura a satisfação de seus desejos e paixões tem sua paz e felicidade limitada, sendo necessário transcender essas barreiras para encontrar a verdadeira harmonia.

Na vertente de Kant¹⁸, procura-se superar a ética material dos bens, defendendo que a retidão moral e de caráter do agente serviria como base de justiça e não o resultado obtido. Não que se recuse o resultado, mas a consequência seria natural advinda de um caráter em consonância com a retidão exigida pela ética kantiana. No estudo de José Alves de Almeida (2000, p. 170):

O agir segundo inclinações ou interesses é permanecer no plano empírico, material, dos juízos hipotéticos; ao passo que agir segundo o dever e por dever é conduzir-se no plano apriorístico dos juízos categóricos, necessários. A lei moral deve apoiar-se em princípios racionais a priori, válidos universalmente.

Kant destaca a importância de dignidade humana, ao ensinar que se deve tratar a pessoa pelo seu valor intrínseco, e não como subterfúgio para se alcançar qualquer tipo de vantagem, além de que o agir moral deve ser como se fosse ordenado por lei jurídica.

¹⁷ SPINOZA, Benedictus de. *Tratado Teológico-Político*. São Paulo. Martins Fontes, 2003

¹⁸ LEITE, Flamarion Tavares. *10 lições sobre Kant*. Petrópolis. Ed. Vozes. 2007.

A doutrina de Hegel¹⁹ contribui ao distinguir entre moralidade subjetiva (Moralität) e moralidade objetiva ou eticidade (Sittlichkeit). A primeira está no universo pessoal, privado, da vontade não explicitada como já foi citado por Hannah Arendt, já a segunda faz parte do universo público concretizado pelas leis e ordenamentos jurídicos, costumes sociais e atingindo seu ápice no Estado ético.

Os juízos ponderados são aqueles formulados no mais alto nível de sobriedade racional. São construídos ao longo de nossa vida, quando se fazem escolhas e se emitem juízos de valor sobre coisas cotidianas. Um paralelo entre eqüidade e juízo ponderado por Rawls (1997, p. 51) seria:

[...] pode-se dizer que justiça como eqüidade é a hipótese segundo a qual os princípios que seriam escolhidos na posição original são idênticos àqueles que correspondem aos nossos juízos ponderados e, assim, esses princípios descrevem o nosso senso de justiça.

Mesmo os juízos ponderados podem sofrer interferências intuitivas. Ao se buscar a melhor solução de um problema, é possível que ocorra uma flexibilização entre a vivência pessoal e o molde de justiça da sociedade, momento em que o indivíduo poderia vir a escolher a solução do molde social, mesmo que ela não se ajuste perfeitamente ao seu juízo pessoal.

Cabe citar que no universo dos Direitos Humanos existe a teoria moralista ou de Perelman²⁰, na qual os direitos e garantias individuais nascem da consciência e experiência de determinado grupo social vindo a ser chamado de *espritus razonables*.

Conclusão

O que se busca é o equilíbrio refletido, quando o ser passa a comparar as doutrinas filosóficas já criadas e sua experiência de vida para alcançar uma justiça racional. Porém, o problema que se mostra é que os juízos ponderados sempre variarão de pessoa para pessoa, o que torna impossível a criação de um modelo ideal. Mesmo quando se menciona a justiça estatal, o que se pode esperar é o cumprimento das leis criadas e garantidoras da segurança jurídica. Quanto à dosimetria, eqüidade e características subjetivas esperadas de um julgador, a lei ainda não avançou a ponto de garanti-las, restando apenas a ética e moral prover esta área.

¹⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo. Martins Fontes. 2005.

²⁰ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo Martins Fontes. 2004.

A filosofia acaba por ser uma ferramenta importante que auxilia o magistrado na aplicação das normas aos casos concretos que se descortinam diariamente em seu trabalho. Porém não é a panacéia universal para todos os males que se relacionam na busca da justiça equitativa. Infelizmente o estudo jurídico ainda não encontrou uma maneira de garantir que a justiça seja feita concomitante com as verdadeiras demandas sociais. A lei não pode engessar demais o magistrado na hora de proferir a sentença, caso contrário estaria interferindo na independência do Judiciário. O que se espera de um juiz é, além do conhecimento legal, imprescindível ao seu ofício, o saber cosmopolita do mundo que o cerca e das ciências humanas que possam lhe servir a nação.

A tão esperada reforma do Judiciário deve ser acima de tudo intelectual, privilegiando o novo pensar para revitalizar as instituições que não atendem mais a demanda popular. De maneira que a filosofia do direito possa recobrar a importância que nos séculos passados tinha, pois o ensino do pensar jurídico nada mais é do que a descoberta de formas de alcançar a eficácia plena da lei na sociedade, em harmonia com o que preceitua o art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657/40²¹.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, José Alves de. *A ética e a sua trajetória histórica*. In *Ética na Advocacia*, org. FERRAZ, Sergio e MACHADO, Alberto de Paula. Rio de Janeiro. Forense. 2000.
- ARENDT, Hannah. *A condição Humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2005
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre, Ed. Globo, 1976
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo. Martins Fontes. 2005.
- HEIDEGGER, Martin. *Nietzsche: Vol. 1*. São Paulo. Forense Universitária. 2007
- LEITE, Flamarion Tavares. *10 lições sobre Kant*. Petrópolis. Ed. Vozes. 2007
- LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. 2ªed. São Paulo. Martins Fontes. 2005
- PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo Martins Fontes. 2004
- RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo, Martins Fontes, 1997
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo, Martins Fontes, 2003.
- SIDGWICK, Henry. *Methods of Ethics*. 7ª ed. Hackett Publishing Company. 1981
- SPINOZA, Benedictus de. *Tratado Teológico-Político*. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

²¹ “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Joaquim Pereira da Silva Neto*

Resumo: O texto, fundamentado no desenvolvimento histórico-filosófico do Direito, coloca em foco a dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo. Reclama a atenção para os desdobramentos da relação em toda a história do Direito, haja vista o pensamento de alguns filósofos que se preocuparam com a temática. O trabalho procura ainda segregar um *jus naturae*, pautado em princípios divinos, de um jusnaturalismo fundado eminentemente na razão. Nesta tônica, exalta a Ciência Jurídica em sua peculiar dimensão, não permitindo que a mesma torne-se caudatária da normatividade, instando para o fato de que não há dissonância entre *jus naturae* e *jus positum*. O Direito natural assume o papel de ordenador do Direito Positivo.

Palavras-chaves: Direito natural – Direito positivo – natureza.

Introdução

Muito se tem discutido acerca da existência e da aceitação do *jus* naturalismo dentro do sistema jurídico no qual estamos inseridos. Não obstante a existência das mais diversas escolas de Direito ao longo da história do pensamento jurídico-filosófico, a temática, assaz discutida, pouco se mostrou como ponto pacífico. Desde os pré-socráticos até os dias atuais, questiona-se a existência e mesmo a validade de um Direito não-escrito, não codificado, que por vezes se contrapõe e mesmo se sobrepõe ao Direito Positivo.

* Estudante do 7º Período do Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba FESP

A despeito de o tema ser dos mais controversos na Filosofia do Direito, o presente trabalho, longe de esgotar considerações, tem como principal escopo chamar a atenção para alguns questionamentos (aliás, uma característica marcante na Filosofia), especificamente acerca do Direito Natural, da sua validade e aproveitamento dentro do sistema jurídico-positivo estatal.

Jusnaturalismo na História do Direito

Para que possamos vislumbrar a complexidade do tema que por muitas vezes tem-se mostrado de menor consonância dentro do pensamento jurídico, faz-se mister, antes de mais nada, tecer algumas considerações acerca das concepções e da validade do jusnaturalismo ao longo da história do pensamento jurídico-filosófico, que de acordo com o grande jurista brasileiro Pontes de Miranda (*apud* MOREIRA, 2007) se não há Direito Natural como princípio, não se pode negar sua validade como problema histórico.

A idéia de um Direito supra positivo posto acima do ordenamento jurídico estatal remonta às mais antigas eras da existência humana. Conforme nos mostra o eminente jurista Paulo Nader (2006), por volta de 500 a.C, a cosmologia de Heráclito de Éfeso, embora consubstanciada na idéia de que tudo flui – *panta rei* – e tudo muda, pautada na efemeridade das coisas que nos cercam, ainda assim, admitia que a lei humana se fundava em uma lei única, universal. Outro grande questionamento, também anterior aos socráticos, acerca de tal lei “universal”, se dá na tragédia grega de Sófocles, “Antígona”, onde esta, desobedecendo à determinação do rei Creonte, enterra seu irmão Polinice, dito traidor do reino, e uma vez indagada pelo rei de tal desobediência, afirma a existência de leis superiores e imutáveis acima daquelas ditadas pelo monarca (NADER, 2006).

No período socrático, inegavelmente um dos períodos mais fecundos da História da Filosofia, vemos que Aristóteles (*apud* GUSMÃO, 2001) concebia a idéia de um Direito imutável, fundado na igualdade e comum a todos. Na escola estóica, que exerceu grande influência no pensamento jurídico, entendeu-se o Direito como a reta razão de acordo com a natureza (GUSMÃO, 2001), idéia essa assimilada pelos romanos, em especial pelo jurisconsulto Marco Túlio Cícero (106-43 a.C), dotando então o Direito de um caráter de imutabilidade e universalidade.

Paulo de Tarso, na defesa das idéias cristãs, exaltando o poder da fé e pouco se importando com a lei terrena, provocou profundas influências no pensamento jurídico com sua concepção de Direito Natural, que perdurou por toda a idade média. Sua idéia entendia o Direito Natural como fundado no divino, no sobre-humano.

Ainda na Idade Média, analisando a história do pensamento jurisfilosófico mergulhado no teocentrismo, vemos que a tônica de um Direito divino existiu nos principais expoentes da época medieval, presente tanto nas idéias de Santo Agostinho (354-430 d.C) como nas de São Tomás de Aquino (1225-1274 d.C), sustentando a existência de uma lei eterna, imutável, divina, e de uma lei natural, reflexo da lei divina.

Sobre tal temática, Reale afirma:

É sabido que a idéia de um Direito Natural, já poderosamente afirmada na corrente socrático-aristotélica e na estóica, assim como na obra de Cícero e de jurisconsultos romanos, adquire um sentido diverso nas coordenadas da cultura cristã, não somente por tornar-se *lei da consciência*, uma lei interior, mas também por ser considerada inscrita no coração do homem por Deus. O Direito Natural destinava-se a representar a afirmação da nova Lei contra a Lei velha, a mensagem instauradora de uma nova forma de vida. (2002, p. 637).

No estender de nossas considerações acerca do pensamento jus naturalista ao longo da história, faz-se imprescindível citar o Renascimento, enquanto processo cultural, científico, filosófico, e no qual o homem ocidental remontou às idéias da antiguidade clássica. Neste período, como já sabemos, muito se desenvolveu o pensamento jurídico filosófico. O marco jurisfilosófico da nova concepção do Direito Natural foi o holandês Hugo Grotius (1583-1645), que fundado no pensamento antropocentrismo disseminado na época, entendia o Direito Natural, não como expressão da vontade divina, como era defendido no teocentrismo de outrora e difundido largamente até então. Para o fundador da Escola Clássica do Direito Natural, este teria base na razão, tendo como fonte a natureza humana, e não a natureza divina, chegando mesmo a conceber que a existência do Direito Natural independia da existência de Deus, idéia esta difundida por outros grandes pensadores da época, tais como Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau, que em especial influenciaram fortemente as bases ideológicas da Revolução Francesa.

A pretensão da escola clássica de Direito Natural de criar um Direito universal, imutável, válido indefinidamente, vinculado à racionalidade em detrimento ao teocentrismo medieval, conheceu seu apogeu no século XVIII; na mesma época teve início a negação de suas idéias. Conforme nos diz Wezel:

“Quando sem embargo, após uma espera milenar, começou a imperar sobre a realidade, depositou consigo o gérmen da sua própria decadência” (WEZEL 1971, p. 170, *apud* NADER, 2006, p. 143).

O Direito Natural, em verdade, entrou em rota de colisão com a Escola Histórica do Direito de Savigny.

Conforme nos mostra Cretella Júnior (2003), para a doutrina historicista, cada povo tem sua cultura jurídica, própria, específica, baseada em costumes pré-existentes, acreditando, portanto, que o Direito estava fundado na experiência, chegando mesmo a assemelhar-se à linguagem, tal como queria Putsch e Gustav Hugo, entendendo que a codificação do Direito seria sua “fossilização”.

Mas foi Immanuel Kant, filósofo alemão, humanista, quem pôs termo a Escola Clássica do Direito Natural, dando início à chamada Escola do Direito Racional. Segundo Kant, a natureza, enquanto tal, é incapaz de fornecer qualquer parâmetro que possa conduzir nossas ações. O que entendemos por “Direito Natural”, na verdade, já passou pela razão; é algo que nos chega via sentidos e depois é abstraído.

Outra dura crítica feita ao Direito Natural teve como “pano de fundo” o materialismo histórico de Marx e Engels, que concebiam a idéia de que os fenômenos sociais, políticos, jurídicos, convergiam em torno do fator econômico, chegando mesmo a conceber o Direito como instrumento de dominação e opressão dos poderosos, que da idéia vinda dos historicistas não concebiam a imutabilidade deste, e que seria o dito “Direito Natural” mera chancela do Direito opressor.

Por último, temos uma importante escola que se contrapôs à idéia jus naturalista: a escola do jus positivismo, fundada na doutrina positivista de August Comte. Esta doutrina acreditava que a fonte do conhecimento devia ser a experiência, ou seja, o conhecimento estaria subsumido na experiência, na observação dos fatos. A doutrina positivista jurídica alcançou seu maior expoente com o austríaco Hans Kelsen e sua “Teoria Pura do Direito”. A partir desta doutrina o Direito passou a ser entendido unicamente como “norma” e influenciou gerações de juristas por todo Século XX.

Jusnaturalismo como pressuposto do juspositivismo.

Pudemos perceber pelo desenvolvimento histórico até aqui exposto, através de algumas concepções acerca da existência e mesmo da validade do Direito Natural no ordenamento jurídico, os diversos rumos dentre aqueles que pensaram o fenômeno jurídico. Muito se

questionou sobre qual seria a essência e qual seria o viés deontológico norteador do Direito, em especial no que tange às idéias jus naturalistas, tão difundidas e ao mesmo tempo tão refutadas ao longo da história do pensamento jurídico- filosófico.

Muitas vezes chegou-se a refutar veementemente a idéia jusnaturalista, execrando-se inclusive fundamentos como universalidade e imutabilidade vinculados a uma origem divina, como queriam crer Santo Agostinho e São Tomas de Aquino. Tal idéia, muito embora não ter sido assimilada pela Escola Clássica do Direito Natural, que negava completamente o caráter divino do jusnaturalismo, fez-se presente nas críticas daqueles que refutaram tais idéias; dos que não aceitavam em absoluto a idéia de um Direito Divino.

Eximimo-nos de questionamentos teológicos, pois que não há razões para se atribuir características teológicas ao Direito Natural como quiseram outrora. De acordo com Paulo Nader (2006), há que se olhar a chamada “ordem natural das coisas”, âmago do Direito Natural, da própria “natureza do homem”. Citando o eminente jurista paraibano Flósculo da Nóbrega (1954/2007), que embora literalmente não fale em sua obra nesta tal “ordem natural das coisas”, nos esclarece:

A idéia do direito natural vem da mais alta Antigüidade; mas foram os filósofos gregos que a formularam com a maior clareza, destriçando-a dos elementos religiosos que a envolviam e a deformavam. Partiram eles da observação de que os homens, apesar das peculiaridades individuais, são os mesmos em todos os tempos e lugares, obedecem às mesmas tendências e impulsos, têm os mesmos apetites e emoções. Há, assim uma natureza humana, um fundo de humanidade comum a todos os seres humanos, que os leva a comportar-se de maneira idêntica, a adotar as mesmas formas de conduta em face da vida. (NÓBREGA, 2007, p 115 -116)

Diante do exposto, percebemos que tal afirmação, por si só, já dota a premissa de um Direito universal como imutável, atemporal e comum a todos. Por outro lado, ao analisarmos a idéia do Direito como algo essencialmente dotado de total mutabilidade e variabilidade, fica difícil entendê-lo como mero consectário dos costumes sociais como pregaram os historicistas, que exageradamente, de acordo com a idéia da Escola Histórica, o Direito seria algo tão mutável e tão dinâmico que não seria sequer passível de ser codificado, de ser escrito, pois que se assim o fosse ocorreria verdadeiro engessamento do Direito. Ora, dentre os mais diversos sistemas jurídico-estatais albergados pela sociedade moderna, fica difícil imaginar a sustentabilidade de uma máquina estatal que cuide de garantias e liberdades individuais sem fazer uso de uma mínima codificação que seja. Mesmo no sistema inglês, dito consuetudinário,

há o exemplo daquilo que a Doutrina Constitucionalista chama de “Constituição Histórica” que é sua carta principiológica, sua carta magna. Na ausência de um princípio qualquer, estaríamos diante de uma insegurança jurídica.

Outro importante contraponto a ser traçado dentre as idéias que têm rechaçado o jusnaturalismo, diz respeito à idéia disseminada pelos adeptos da doutrina marxista, que com o chamado “materialismo histórico”, chegam, em última instância, a renegar o Direito posto pelo Estado, questionando mesmo a necessidade deste, e apenas concebendo o Direito como mero instrumento de validação e manutenção dos sistemas opressores, e de que seria o tal “Direito Natural” mera chancela de instrumento opressivo. Corroboramos a afirmação de que muitas vezes o Direito tenha sido usado como tal instrumento. Mas não é pelo fato de que por muitas vezes regimes governamentais terem contaminado seus ordenamentos jurídicos com esse intuito, vá se afirmar a inviabilidade do Direito. É pertinente lembrar que, o uso equivocado de um instrumento não pressupõe sua inutilidade. Tal afirmação, salvo melhor juízo, seria, no mínimo, sintoma de um irresponsável reducionismo, ou, quiçá, pela ótica ideológica, uma afirmação leviana. Segundo Galves

“Direito Natural é um Direito extraído da natureza dos homens, com base na realidade, não em abstrações e ideologias; é Direito certo”. (1995, p. 154).

Há que se observar, portanto, que existem preceitos anteriores, fundamentadores do Direito Positivo. Além disso, não nos parece plausível conceber qualquer sociedade organizada, fazendo uso apenas de instrumentos de controle sociais, tais como normas extrajurídicas, e conseguindo, desta feita, garantir o mínimo de paz social. Tal objetivo só seria alcançado se, de forma utópica, a definição kantiana de Direito fosse alcançada, pois para Kant (2005), o Direito é o conjunto de condições por meio das quais o arbítrio de cada indivíduo pode existir concomitantemente com o arbítrio de outrem, sempre sob uma lei universal de liberdade. Enfim, uma coexistência de arbítrios.

A premissa kantiana já remonta ao valor principal do ser humano, inerente a sua própria da liberdade de agir, liberdade esta que deve ser pautada não apenas em sim mesmo, mais também em outrem. Ora, qual seria melhor exemplo de Direito Natural, intrínseco ao ser humano, senão a liberdade, valor supremo de homem em qualquer época e em qualquer lugar? Quantas vezes ao longo da história o ordenamento jurídico estatal vigente foi derrocado em nome de preceitos que, embora inerente à própria condição humana, pouco tinha de acolhida no Direito Positivo vigente de suas épocas? Quantas revoluções e lutas populares

modificaram legislações e mesmo puseram abaixo Estados de Direito que não observavam tais preceitos?

Como reduzir, portanto o Direito à mera experiência, à mera observação de fatos, como querem os positivistas? Como abdicar do entendimento do fenômeno jurídico como um todo? Miguel Reale, um dos maiores expoentes do pensamento jurídico-filosófico, famoso por sua “Teoria Tridimensional do Direito” nos mostra quão amplo é o Direito. Como pode ser entendido verdadeiramente, quando não de dentro de sua universalidade, de sua unidade sistemática, da tríplice perspectiva, de enxergá-lo como fato, valor e norma, não se subsumindo apenas a qualquer uma destas perspectivas?

Embora alguns autores entendam que a dicotomia entre Direito Natural e Direito Positivo tão suscitada outrora, não seja mais pertinente, Tércio Sampaio nos afirma que:

A dicotomia Direito Natural x Direito Positivo perdeu força paulatinamente. Entende que sua importância mantém-se mais nas discussões sobre a política jurídica, na defesa dos direitos fundamentais do homem, como meio de argumentação contra a ingerência avassaladora do Estado na vida privada ou como freio às diferentes formas de totalitarismo. Uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia pode ser localizada na promulgação constitucional dos direitos fundamentais. Esta promulgação, o estabelecimento do direito natural na forma de normas postas na Constituição, de algum modo ‘positivou-o’. E, depois, a proliferação dos direitos fundamentais, a princípio, conjunto de supremos direitos individuais e, posteriormente, de direitos sociais, políticos, econômicos aos quais se acrescem hoje direitos ecológicos, direitos especiais das crianças, das mulheres etc. provocou, progressivamente, a sua trivialização. (SAMPAIO, 1993, p. 161).

Em uma análise mais aprofundada acerca da questão, e solicitando vênias ao referido mestre, não nos parece completamente acertado crer que tal dicotomia não deva mais ser objeto de estudo reflexivo. Ora, se hipoteticamente atingíssemos tal status constitucional de plenas garantias dos direitos fundamentais, algo além da aplicação eficaz das legislações, enfim, um *facies* supra constitucional, estaríamos então alcançado uma instância que nos parece distante da concretude. Não há como deixar de vislumbrar o Direito Natural em qualquer época e sociedade que seja. Deontologicamente, o Direito Natural deverá ser o elemento balizador do Direito Positivo. Não é pelo fato do ordenamento constitucional conseguir supostamente atingir a plenitude dos direitos citados, que se vê exaurida a discussão acerca de tema tão importante.

Considerações finais

Para que possamos tentar entender a especificidade do fenômeno jurídico, ou pelo menos tentar entendê-lo em sua amplitude, devemos lançar mão do conhecimento filosófico, pois no que tange ao Direito Natural, a temática não se esgota com essas esparsas considerações. Tais reflexões, em observando a complexidade do fenômeno jurídico, não são apenas úteis para aqueles que almejam entendê-lo. Elas são, também, de suma importância para àqueles que operam o Direito, para os que o interpretam, aplicam e mesmo para os que o criam por meio da atividade legislativa.

Reclamamos a atenção para o fato de que a lei, a norma positiva, não deve ser a razão do Direito em si. A lei, de forma alguma esgota o Direito. Impossível seria abraçar a complexidade da Ciência Jurídica e sua peculiar dimensão, que tanto tem suscitado questionamentos ao longo do pensamento humano, se tal ciência estivesse circunscrita, amordaçada, refém de uma lei que a pretendesse esgotar. É preciso observar o Direito em suas múltiplas perspectivas.

Sob tal prisma, o Direito Natural assume o primado fundamental em que se apóia e justifica toda a reflexão. Devemos entendê-lo, não como algo paralelo, dissonante do ordenamento jurídico positivo. Talvez, nosso grande engano esteja em encarar a relação entre Direito Natural e Direito Positivo como uma dicotomia. Não há ou deve haver discordância com Direito posto; o Direito Natural assume, então, seu papel de elemento norteador do Direito Positivo.

REFERÊNCIAS:

- CRETELA JÚNIOR, José. *Curso de Filosofia do Direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GALVES, Carlos Nicolau. *Manual de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Filosofia do Direito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Editora Atlas, 1993.
- KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução: José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.
- MOREIRA, Antonio Carlos. *A norma fundamental como condição da experiência*. O Direito Natural é um determinante anti-simétrico. Revista da FESP: periódico de diálogos científicos. 2007, vol. 1, p. 08-18. Disponível em: <http://www.revistadafesp.com.br>. Acesso em: 20/02/08. ISSN: 1982-0895.
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NÓBREGA, José Flósculo da. *Introdução ao Direito*. 8ª ed. João Pessoa: Edições Linha d'Água, 2007.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002

Divergência de Princípios em face do Artigo 156 do Código de Processo Penal e a Atividade Probatória do Juiz.

Maria Virgínia Faro*

Resumo: A observação sobre a utilização dos princípios como mecanismos de garantia do devido processo penal é o objeto de estudo desta monografia no que concerne ao estudo dos princípios da presunção de inocência e da busca da verdade real com base no artigo 156 do código de processo penal. O princípio do estado de inocência é um princípio constitucional explícito que deve muitas vezes se sobrepor ao princípio da busca da verdade real, pois, quando não há evidências de provas suficientes ou dúvida insuperável para aplicação de uma condenação ao réu, é necessário utilizar a dúvida em favor do mesmo. A aplicação do artigo 156 pelo magistrado deve ser sempre comedida, não utilizando o processo penal como pressuposto de estigma social, nem pré concebendo a criminalização do réu na busca indiscriminada da verdade real.

Palavras-chaves: Processo Penal. Artigo 156. Divergência de princípios. Atividade instrutória do juiz.

Apresentação: as funções dos Princípios no Processo Penal

De acordo com Atienza (2005, p.65) duas são as funções tradicionalmente desempenhadas pelos princípios jurídicos: a função explicativa e a função justificadora. Na primeira os princípios cumprem sua função explicativa por permitir a síntese de grande quantidade de informações, possibilitando descrição de setores do Direito de forma sintética e econômica. Também em sua função explicativa os princípios possibilitam a compreensão do

* Bacharel em Direito. Especialista em sociologia da criminalidade, da marginalidade e da pena, com Pós-graduação em Ciências Criminais. Sob orientação do Prof. Lucrécio Araújo de Sá Junior, Mestre em Filosofia, atualmente realiza estudo de doutoramento na Universidade Federal da Paraíba com Pesquisa na Universidade de Lisboa.

direito de forma sistêmica, como conjunto ordenado e dotado de sentido.

Ainda nessa perspectiva explicativa, porém com ênfase pragmática, o conhecimento dos princípios possibilita encontrar soluções para problemas jurídicos, porquanto, dessa forma, o conhecimento dos princípios que fundamentam determinada instituição jurídica, torna-se mais acessível à resposta para conflitos que sejam abrangidos pelo instituto.

A segunda justificativa, possui características dogmático –pragmática, pois a ciência do Direito não se limita a descrever as normas vigentes, mas sobretudo propor ou sugerir critérios para a resolução de problemas jurídicos. A função justificadora caracteriza-se pela razão dos princípios atingirem sua função social mais importante, ou como diz Manuel Atienza (2005, *apud* DANTAS, p.115)

“propiciar critérios para a aplicação, interpretação e modificação do direito. Em suma, o que caracteriza não é tanto, ou pelo menos não é apenas sua função explicativa, porém sua função de justificação”.

Uma terceira função dos princípios surgiu com Claus Wilhelm Canaris (2005, DINIZ *apud* CANARIS, p.66), a função limitadora, em que os princípios facilitam uma conexão transversal com outras partes do sistema jurídico, revestindo-se de importância nos mais diversos ramos do ordenamento jurídico. Nasce essa limitação da impossibilidade de se solucionarem questões de princípio com recurso ao método da subsunção. Segundo Claus Wilhelm Canaris (2005, DINIZ *apud* CANARIS, p.66).

“o alcance e o sentido do princípio só serão encontrados no jogo concertado, não totalmente pré-programado, dos diferentes princípios de igual peso, nos diferentes graus de concretização”.

As funções explicativa, justificadora e limitadora ligam-se a ponto de vista tradicional no positivismo e poderiam ser traduzidas em um único conceito, onde os princípios desempenham importantes funções supletiva, integradora ou corretiva das regras jurídicas. Dessa forma, os princípios operariam para aperfeiçoar o ordenamento e apenas se apresentariam de forma incisiva, quando outras normas não estivessem em condições de exercer plena ou satisfatoriamente sua função reguladora. O sistema inquisitório tem suas raízes no Direito Romano, quando, por influência da organização política do Império, se permitiu ao juiz iniciar o processo de ofício. Revigorou-se na Idade Média diante da necessidade de afastar a repressão criminal dos acusadores privados e alastrou-se por todo o continente europeu a partir do Século

XV diante da influência do Direito Penal da Igreja e só entrou em declínio com a Revolução Francesa.

Após o período de adoção do sistema inquisitorial utilizada nos anos anteriores à Segunda Guerra Mundial, através do Código Rocco italiano, e suas influências sobre a legislação processual em vigor, o modelo inquisitório perde espaço para o sistema acusatório.

O sistema jurídico pátrio, adota a forma acusatória para a composição da relação processual penal. Consiste o sistema acusatório em divisão de operações no âmbito processual, isto é, haverá um juiz com função de julgar, um órgão com função de acusar e o réu, que é o sujeito passivo que sofre a imputação dos fatos. Nesse sistema não há uma mistura de papéis, ou seja, o magistrado não pode acumular a função de julgar e acusar, deve o juiz se manter de forma imparcial para o julgamento da causa.

O ponto fundamental se refere a aplicação do sistema inquisitório no artigo 156 do Código de Processo Penal, onde o magistrado ao produzir provas de ofício, termina por auxiliar o Ministério Público na função de acusar o réu.

Essa autorização legal de produção de provas de ofício, acaba por privilegiar o princípio da busca da verdade real, princípio norteador do sistema processual penal, em detrimento do princípio do estado de inocência, princípio assegurado pela Constituição Federal de 1988.

Através da abordagem de princípios gerais e forma de colisão entre eles, observar-se-á uma necessidade de aplicação interpretativa do artigo 156 do CPP, em que o permissivo probatório do juiz , numa interpretação conforme a constituição e o princípio do estado de inocência deveria ser aplicado para benefício do réu e não assumir caráter de sistema inquisitorial com a busca da verdade real.

Princípios na Jurisprudência

De acordo com Ronald Dworkin (1992, p.186) o Direito como integridade é uma teoria não cética das pretensões juridicamente protegidas, onde as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo. A justiça, a equidade e o devido processo legal são esses princípios. Assim para Dworkin (2005, DANTAS *apud* DWORKIN, p.75):

“os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem os casos difíceis tentando encontrar, em um conjunto de princípios coerentes sobre os direitos e deveres das pessoas a melhor interpretação construtiva da

estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.”

O princípio da integridade desempenha o papel de equilibrar a justiça, a equidade e a legalidade, no plano prático, a integridade requer que os juízes, quando diante de casos difíceis, em que a análise preliminar não faça prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou julgado, observem qual das interpretações apresenta a melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade.

É comum aos juízes estar diante dos chamados “casos difíceis”. Esses casos são caracterizados por apresentar problemas diversos ao intérprete como a contradição normativa, lacunas. Formulação vaga, ambígua, ou mesmo valores contidos no “ideal de justiça” arraigado na sociedade.

Para o positivismo Hartiano a existência de casos difíceis promove a indeterminação do direito, sendo assim, exigiria para a sua solução a discricionariedade judicial.

Princípio da Presunção de Inocência

A invocação do benefício da dúvida pela parte ré, no processo penal é utilizada desde os primórdios do processo penal acusatório. Atualmente, a doutrina analisa a presunção de inocência sob os prismas de garantia política do estado de inocência, como regra de julgamento no caso de dúvida e como regra de tratamento do acusado ao longo do processo.

A Constituição Federal de 1988 assegura entre os direitos e garantias individuais que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Somente com a Constituição de 1988 o princípio da presunção de inocência recebeu expressa previsão no ordenamento jurídico nacional. A forma mais importante de analisar esse princípio é como garantia política do cidadão. Expõe (2003, BADARÓ *apud* NAPPI, p.283) que

“O processo, e em particular o processo penal é um microcosmo no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização dos sistema político”. Seria inconcebível um Estado de Direito que não adotasse o processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, o *in dubio pro reo* (2003, BADARÓ, *apud* PISANNI, p.283) afirma que “A presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório”.

Todo indivíduo nasce livre e tem a liberdade entre seus direitos fundamentais, porém tal direito não é absoluto. A liberdade pode vir a ser juridicamente restringida, porém se faz necessário expressa previsão legal e a obediência ao devido processo legal. A presunção de inocência somente poderá ser afastada quando houver prova plena do cometimento do delito,

esse estado de inocência é afastado com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

O dispositivo constitucional, todavia, não se restringe neste sentido político, de garantia de um estado de inocência. A presunção de inocência também pode ser vista sob um prisma técnico-jurídico, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre o fato relevante para a decisão do processo. Portanto, para a imposição de uma sentença penal condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza.

A presunção de inocência, sob o aspecto probatório representa regra de julgamento a ser utilizada pelo juiz quando houver dúvida sobre um fato relevante do processo. O princípio do “*in dubio pro reo*” está ligado ao ônus da prova. Afirma Bettiol (2003, *apud* BADARO, p.295) que “Um aspecto relevante da presunção de inocência enquanto regra de julgamento é que, no processo penal, diversamente do que ocorre no campo civil, não há verdadeira repartição do ônus da prova”.

A presunção de inocência, enquanto regra de julgamento no processo penal, identificada com o *in dubio pro reo* encontra justificativa diversa daquela que fundamenta a distribuição do ônus da prova no processo civil. No processo civil, embora não haja unanimidade, a doutrina costuma fundamentar a distribuição do ônus da prova entre as partes no critério de normalidade ou probabilidade. Segundo Gustavo Badaró (2003, p.298)

“caso este critério de probabilidade ou normalidade fosse transportado para o processo penal deveria prevalecer o “*in dubio pro reum*” ao invés do “*in dubio pro reo*”. Não existe nenhuma razão lógica para se preferir o “*in dubio pro reo*” ao “*in dubio pro societate*”. De acordo com Saraceno (2003 *apud* BADARO, p.299)

“Os critérios lógicos baseados na probabilidade, ou na normalidade da ocorrência dos fatos a serem provados, que se aplicam ao processo civil, cedem a um critério político no campo penal”. Em comentários a situação do sistema norte-americano Israel, Kamisar e LaFave (2003, *apud* BADARO, 2003, p.299) dizem que “embora não a haja estatística confiável, pode-se afirmar, sem medo de errar, que a maioria dos processos penais condenatórios terminam com a condenação do acusado e não com a sua absolvição, mesmo vigorando o *in dubio pro reo*”.

Segundo Iluminatti (2003, *apud* BADARO, p.299)

“ não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente. Na ponderação dos interesses em conflito, o primeiro erro é menos grave que o segundo”.

No processo penal, a identificação da regra de julgamento com o *in dubio pro reo* revela o conteúdo garantista o ônus da prova. Sendo assim, definir as situações em que o juiz deve aplicar o “in dubio pro reo” representa, indubitavelmente, uma inegável garantia do acusado. Quando se reconhece a aplicação do benefício da dúvida, nos casos de excludente de ilicitude ou quando o álibe não é suficientemente provado, há uma concretude do aspecto probatório da presunção de inocência.

Pode-se afirmar que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes. Portanto, esse *status* de inocência adquire caráter constitucional e deve ser mantido até que exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado

Princípio da Busca da Verdade Real

Em regra, o processo é apontado como instrumento que permite ao julgador conhecer a verdade sobre os fatos. Utilizar, processualmente, a expressão verdade absoluta ou verdade relativa, é ainda que, de forma, inconsciente, valorar, do ponto e vista espaço- temporal, a existência de um fato pretérito. Todavia, a reflexão inadvertida sobre o assunto teve como efeito colateral a consagração da dicotomia verdade absoluta e verdade relativa. De acordo com essa classificação, no processo civil predomina a verdade relativa, pois, além da disponibilidade da relação jurídica deduzida em juízo, fenômenos como o das presunções legais, inexigibilidade de prova sobre fatos incontroversos, preclusão e outros, impediriam o desvelamento da verdade real, que, por sua vez ao processo penal, já que , em nome da tutela de interesses indisponíveis não se toleraria o menor obstáculo para alcançá-la.

Apesar dos diversos posicionamentos de juristas nomeados, a atividade jurisdicional, devido ao seu escopo jurídico, político, social, não pode ser reduzida a única finalidade de perquirir, a todo custo, uma verdade real ou relativa, como se uma verdade relativa fosse menos verdadeira que a verdade absoluta. Sustenta Calmon de Passos (1999, p.69) que

“o que se busca, seja qual for o processo, é que, desde que sejam respeitadas as garantias constitucionais processuais, se proceda ao melhor conhecimento possível dos fatos relevantes, que é pressuposto de uma boa decisão”.

E complementa (1999, p.69),

“devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções, não é sinônimo de formalismo, nem culto a forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir”.

De acordo Gustavo Badaró (2003, apud TARUFFO, p. 24):

Mesmo que se aceite a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível abrir mão da busca da verdade, pois tal renúncia significaria abdicar de uma decisão justa, reduzindo o processo a um mero método de resolução de conflitos de partes, no qual o fim de pacificação social pode ser atingido independentemente do modo de atuação e da exigência de uma reconstrução verdadeira dos fatos.

No Direito positivo pátrio, o artigo 156, segunda parte, do código de processo penal, ao conceder ao magistrado poderes para, antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências que possam resolver dúvida sobre ponto relevante, é entre outras, um exemplo da positivação do princípio da verdade real. Segundo a interpretação, costumeiramente, dada a este dispositivo, o juiz só se desincumbirá de seu múnus quando encontrar a essências do objeto de sua procura, isto é, a verdade absoluta.

Nada obstante, a doutrina não tem se rendido ao direito posto. Eugênio Pacceli (2004, p. 328), ao fazer uma reflexão crítica sobre os malefícios da utilização ideológica do princípio da verdade real considera que talvez o maior mal causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da idéia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal.

De fato, o princípio da verdade real mostra-se anacrônico em face do processo penal moderno, que é regido por indeclináveis garantias constitucionais. Ao lado da suposta verdade real, há outros interesses a serem preservados como a intervenção mínima do Direito Penal, não prolongando ao infinito o processo, garantia da liberdade do indivíduo. De acordo com Duclerc (2004, p.75).

O discurso da verdade real no processo penal, sob o pretexto de satisfazer o desejo de segurança jurídica da sociedade, camufla um sem-número de práticas judiciais arbitrárias, as quais não encontram qualquer supedâneo na norma ápice vigente, que, diga-se de passagem,

em seu artigo 1º, caput, definiu República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito.

A necessidade de perquirir a essência do caso penal, para a consecução de um pronunciamento condenatório, absolutamente verdadeiro, está também relacionado ao paradigma filosófico que foi o da filosofia da consciência, onde a verdade caracterizava-se pela correspondência do intelecto com o objeto visado, que resultava do processo de interação entre o sujeito cognoscente isolado e o objeto cognoscível. A verdade, então era a captação do núcleo imutável das coisas, o qual, depois, seria revelado ao mundo exterior pela linguagem que era considerada um mero instrumento de comunicação. Contudo, numa reflexão posterior, constatou-se que o indivíduo é um sujeito inserido numa cadeia comunicativa, relacionado com seus pares, de modo que a linguagem além de instrumento de comunicação, determina fundamentalmente, seu modo de ser.

A instrumentalidade no processo penal

A instrumentalidade do processo penal reside no fato de que a norma penal apresenta, quando comparada com outras normas jurídicas, a característica de que o preceito tem como conteúdo um determinado comportamento proibido ou imperativo e a sanção tem como destinatário aquele poder do Estado, que é chamado a aplicar a penal.

Faz-se necessário compreender que a instrumentalidade do processo não tem uma visão exclusivamente jurídica e tampouco jurídico-processual. Não é um instrumento que tem como única finalidade à satisfação de uma pretensão acusatória ou a justa composição da lide no caso do processo civil.

Barbosa Moreira (2007, p.650) define a instrumentalidade como “problemática essencial da efetividade do processo e que serve de ponto de partida para situar um dos mais graves problemas do processo: o que se entende por instrumentalidade”. Explica Candido Rangel Dinamarco (2001, p.456) que a instrumentalidade negativa corresponde à negação do processo como um fim em si mesmo e significa um repúdio aos exageros processualísticos e ao excessivo aperfeiçoamento das formas instrumentalidade das formas, com relevantíssimas conseqüências no sistema de nulidades. A instrumentalidade positiva está caracterizada pela preocupação em extrair do processo (como instrumento) o máximo proveito quanto à obtenção dos resultados propostos e confunde-se com a problemática acerca da efetividade do processo, de modo que ele deverá cumprir integralmente toda a função social, política e jurídica. São quatro os aspectos fundamentais da efetividade: a) admissão em juízo; b) modo de ser do processo; c) justiça das

decisões; d) utilidade das decisões. Portanto, o processo não pode ser considerado como um fim em si mesmo, pois sua razão de existir está no caráter de instrumento-meio para a consecução de um fim. Esse fim não deve ser exclusivamente jurídico, pois a instrumentalidade do sistema processual não está limitada ao mundo jurídico do direito material ou do direito processual.

Processo Penal Acusatório e Inquisitivo

A instrumentalidade do processo penal é o fundamento da sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal, à pena, às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo. A isto se denomina a verdadeira instrumentalidade garantista.

O processo penal é uma das expressões mais típicas do grau de cultura alcançado por um povo no curso da sua história, e os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos da política estatal em geral. Nas palavras de Goldschmidt (1965, p.67), a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição. Nessa linha, uma Constituição democrática deve orientar a democratização substancial do processo penal, e isso demonstra a transição do Direito passado ao Direito futuro. Num Estado Democrático de Direito, não se pode tolerar um processo penal autoritário e típico de um Estado-policia, pois o processo deve adequar-se à Constituição e não vice-versa.

Como conseqüência, a estrutura do processo penal deve ser tal que se reduza ao mínimo possível o risco de erro e, em segundo lugar, o sofrimento injusto que dele deriva. Todos os mecanismos de proteção que busquem amenizar o sofrimento e os riscos que ele encerra são um imperativo de justiça.

Sendo assim, processo penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais, e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado. Poder-se-ia dizer que o Direito Penal e o Processo Penal são o verdadeiro sistema de freios e contra-pesos.

A norma processual, ao lado de sua função de aplicação do Direito Penal, tem a missão de tutelar aqueles direitos previstos nas Constituições e nos tratados internacionais. Portanto, o processo penal de um país o identifica como uma democracia ou como um Estado totalitário.

A história do processo penal é geralmente reconstruída como a história em que se alternam os modelos acusatório e inquisitório. De acordo com Gustavo Badaró (2003, p.99)

“ Tais sistemas, contudo, são abstrações ou modelos ideais. Atualmente, não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios “ puros”.

Porém usualmente no dia a dia forense prevalece o entendimento de sistema acusatório como partes imiscíveis, em que a cada um é dado uma função processual. O processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, apresentando um juiz sobreposto a ambas. Desta forma, não possui o juiz qualquer tipo de atividade probatória, sendo um assistente passivo e imóvel da atividade das partes. Dentro dessa perspectiva, o sistema acusatório é o que melhor encontra respaldo em uma democracia, pois distingue perfeitamente três funções precípuas em uma ação penal, a saber: o julgador, o acusador e a defesa. Tais atribuições processuais devem estar absolutamente separadas, no que diz respeito às respectivas atribuições e competências, de forma que o julgador não acuse nem defenda, preservando a sua necessária e inafastável imparcialidade, o acusador não julgue e o defensor cumpra a sua missão de exercer a chamada defesa técnica.

Já houve no Brasil, a chamada ação penal *ex officio*, prevista expressamente na lei nº 4.611/65, que foi revogada pela lei nº 9.099/95) e nos artigos 26 e 531 do Código de Processo Penal, onde se permitia que a ação penal fosse iniciada por portaria da autoridade judiciária. Esse procedimento era conhecido como judicialiforme, Previsto para as contravenções penais e para as lesões e homicídios culposos co autoria conhecida nos primeiros quinze dias. Esses dois artigos evidentemente não foram recepcionados pela nova ordem constitucional, à vista do artigo 129 e seu inciso I da Carta Magna.

É necessário que o processo acusatório ou processo de partes tenha um desenvolvimento em toda sua integridade, com a dialética processual, onde há um permissivo de uma correta reconstrução dos fatos, sendo assim, faz-se necessário que no processo atuem partes com interesses contrapostos. Quando existe o convencimento judicial, há a superação da dúvida. De acordo com essa exposição, observa-se que conceber o Ministério Público como parte imparcial, inviabiliza o que se entende por contraposição entre tese e antítese, ou seja, fulmina-se a dialética de partes. Afirma Gustavo Badaró (2003, p.220) que:

Não se pode admitir que o Ministério Público seja uma parte ontologicamente imparcial. O Ministério Público no processo penal é parte, e parte interessada. Ao formular a acusação, embora esteja buscando o acerto judicial sobre a ocorrência ou não do fato crime imputado ao acusado, o Ministério Público já se convenceu previamente da culpabilidade e buscará prová-la. Embora para o exercício da ação penal não se exija a certeza da autoria, o representante do Ministério Público, quando acusa, certamente entende que esta é a hipótese mais provável.

Ressalta ainda Gustavo Badaró (2003, p.221) que isso não significa, que ao longo do inter processual, seja em decorrência das provas produzidas pela defesa, seja mesmo em função do resultado das provas de acusação, o Ministério Público não possa se convencer da inocência do acusado e cabe por pedir a sua absolvição. Neste momento poder-se-ia falar em imparcialidade. Mas seria uma imparcialidade eventual e fortuita. Caso se entenda que o Ministério Público é uma parte imparcial, cujo interesse precípua seria a descoberta da verdade, visualizando à correta aplicação da lei penal, não é concebido, portanto, falar-se em existência de um ônus de prova para o Ministério Público. Diferentemente, se se vislumbra no Ministério Público uma parte parcial. Sendo assim, se o Ministério Público, no exercício da ação penal, afirmar que uma pessoa é culpada e pede a sua condenação, está assumindo o ônus de provar que o acusado cometeu o delito que lhe é imputado.

Portanto, entende-se que a atividade probatória do Ministério Público rege-se por ônus ao invés de deveres. Ao órgão é incumbido o ônus da prova da culpa do acusado, além da dúvida razoável.

Fazendo uma breve análise do sistema inquisitivo obtém-se a caracterização pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce também a função de acusador. Vê-se, então a impossibilidade de imparcialidade de um julgamento. Não há possibilidade de debates orais, sendo a confissão do réu a prova maior. Enfim, um processo com nítida ausência de contraditório, com uma defesa meramente pró-forma. Sendo assim, impossível aceitar, hodiernamente, um sistema inquisitivo, afinal é flagrante a contraposição de suas diretrizes com um sistema jurídico que privilegia os direitos fundamentais do indivíduo, e a dignidade da pessoa humana. O sistema misto, surgiu após a Revolução Francesa e uniu em duas fases os sistemas inquisitivo e o acusatório. A instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento com a predominância do sistema acusatório.

O Processo Penal Garantista

Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena. Dentro dessa íntima relação entre o Direito Penal e o processo penal, deve-se apontar que ao atual modelo de Direito Penal mínimo, corresponde um processo penal garantista. Só um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial, pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade do poder. Cumpre aos juízes e tribunais declarar o delito e determinar a pena proporcional aplicável, e essa operação deve necessariamente percorrer o leito do processo penal válido e com todas as garantias constitucionalmente estabelecidas para o acusado.

O garantismo não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou mero processualismo. Consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais - da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos - representam os valores, os bens e os interesses, materiais e prepolíticos.

No sistema garantista o juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante as violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista. Para Ferrajoli (1997, p.732) “o sistema garantista está sustentado por princípios sobre os quais deve ser erguido o processo penal: jurisdicionalidade, inderrogabilidade, separação das atividades de julgar e acusar, presunção de inocência e contradição”.

O princípio da jurisdicionalidade, representa a exclusividade do poder jurisdicional. Direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei. O princípio da inderrogabilidade do juízo exprime a infungibilidade e indeclinabilidade da jurisdição. O princípio da separação das atividades de julgar e acusar configura o Ministério Público como agente exclusivo da acusação, garantindo a imparcialidade do juiz e submetendo sua atuação a prévia invocação por meio da ação penal. O princípio da presunção de inocência é a garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória, implicando diversas conseqüências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova que é ônus da acusação e na obrigatoriedade de que a constatação do delito ,e a aplicação da pena será feita por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença. O princípio da contradição *que é o Nulla probatio sine defensione*: É um método de confrontação

da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação que é a expressão do interesse punitivo do Estado e a defesa que é a expressão do interesse do acusado em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas. Para o controle da contradição e de que haja prova suficiente para derrubar a presunção de inocência, também é fundamental o princípio da motivação de todas as decisões judiciais, pois só ele permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder.

A discricionariedade judicial deve ser sempre dirigida não a estender, mas a reduzir a intervenção penal enquanto não motivada por argumentos de conhecimento seguros. A dúvida sobre a verdade jurídica exige a intervenção de instituições como a presunção de inocência do imputado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza sobre a verdade fática e, por outro lado, a *analogia in bonam partem* e a interpretação restritiva dos pressupostos típicos penais e extensiva das circunstâncias eximentes ou atenuantes.

O Artigo 156 do CPP e a atuação probatória do Juiz

O ônus probatório no sistema processual penal brasileiro é dividido por três sujeitos. Cabe ao Ministério Público, ao juiz e ao réu o ônus probatório. Ao Ministério Público cabe o ônus probatório da tipicidade e da autoria, um ônus constitutivo. Ao réu cabe o ônus da prova dos fatos modificativo, impeditivo e extintivo daqueles apresentados pelo Ministério Público. Ao juiz, fundamentado, na livre convicção racional, caberá o ônus da prova em decorrência da omissão apresentada pelas provas trazidas pelas partes ao processo. Toda essa construção probatória está autorizada pelo artigo 156 do código de processo penal. O Superior Tribunal de Justiça por suas Turmas, vem decidindo que,

A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, evidenciarse a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade”. (HC 23714/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, STJ, 5ª Turma).

O trancamento da ação penal, medida de exceção que é, somente cabe, consoante entendimento sufragado no

âmbito desta Corte Superior de Justiça, nas hipóteses em que se demonstrar, na luz da evidência, *primus ictu oculi*, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade”. (HC 20121/MS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, STJ).

O trancamento de ação penal por falta de justa causa, postulada na via estreita do *habeas corpus*, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos na denúncia, se constata que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente”. (RHC 11852/MG, Rel. Ministro Vicente Leal, STJ, 6ª Turma).

JUSTA CAUSA- Inexistência para a ação penal- Paciente que, pelo mesmo fato, antes capitulado como receptação, fora absolvido por sentença transitada em julgado- Nova denúncia, agora pelo delito de furto- Inadmissibilidade- Concessão do *HABEAS CORPUS* para seu trancamento- Inteligência do art. 648, I, e art. 384, parágrafo único, do CPP”. Receptação e furto integrando o mesmo fato, absolvido o acusado do primeiro delito, por decisão transitada em julgado, não pode, sem ofensa à coisa julgada, ser denunciado pelo segundo, dada a existência na espécie do “bis in idem”. (TACSP/HC 91.354- Rel. Juiz Geraldo Pinheiro- RT 531:338). Aditando-se em referendo ao presente *decisum*, é de todo pertinente citar a Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto de San Jose da Costa Rica (1969) que edita em seu art. 8º, nº 13, no Capítulo das Garantias Individuais que “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos

JUSTA CAUSA – inexistência- Paciente que nenhuma participação teve no delito descrito na denúncia – Incêndio doloso- Erro técnico que lhe é atribuído que em nada teria influído no evento- Trancamento da ação penal com referência ao mesmo- Concessão de *Habeas Corpus* para esse efeito- Inteligência do art. 648, I, do CPP”. Não se justifica a inclusão do paciente na denúncia, demonstrando que nenhuma participação teve no delito que ela pretende apurar. (TJSP/HC 140.885 – Rel. Des. Cunha Bueno- RT 535/268).

Torna-se imprescindível ao regular exercício da ação penal a sólida demonstração de que a acusação não é temerária, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo, relaciona-se com os indícios da autoria, existência material do fato típico e

alguma prova da sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório, é que se coloca o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Entretanto, uma coisa é constatar a existência de prova, outra coisa é valorá-la. É preciso deixar claro que a justa causa pressupõe um mínimo de lastro probatório no inquérito ou peças de informação. É necessário que haja alguma prova, ainda que leve. Agora, se esta prova é boa ou ruim, isto já é questão pertinente ao exame do mérito da pretensão do autor. Até porque as investigações policiais não se destinam a convencer o Juiz, mas apenas a viabilizar a ação penal.

Na Ação Penal Pública o titular exclusivo do *Jus Puniendi* é o Estado, ocorrendo a transferência, por lei, da legitimidade ad causam ao Ministério Público, o qual atua em substituição processual. Entretanto, pode ser que o escândalo do processo, provoque no ofendido um mal maior do que a impunidade do criminoso, decorrente da não propositura da ação penal. Desta forma, o Estado confere ao ofendido a iniciativa da Ação Penal, atuando este em juízo através de substituição processual ou legitimação extraordinária ao direito daquele. Esta Ação de iniciativa privada visa atender de forma ponderada a imperativos individuais em que a lei não pode olvidar, sendo de interesse exclusivo do ofendido mostrar os fatos e pleitear a condenação do acusado.

A Ação Penal de iniciativa privada é regida pelo Princípio da oportunidade ou conveniência, pois o ofendido somente dará início à mesma caso sinta-se com ânimo para tal propositura ou não se importe com a revelação de alguns detalhes íntimos em juízo, avaliando quais deve ou não trazer à apreciação judicial e arcando com o ônus de em não o fazendo, totalmente, ver sua pretensão julgada improcedente, devendo avaliar se o risco de não ser acolhida sua pretensão vale ou não o vexame de uma prova e de um processo público.

Portanto da ação penal de iniciativa privada regida pela conveniência do ofendido, deduz-se que o juiz não poderá determinar diligências *ex officio*, pelo simples fato de que aquele ofendido é quem decide se deve iniciar a Ação Penal ou, até mesmo, continuá-la.

Em uma determinada ótica, o princípio do favor rei é o princípio base de toda legislação processual penal de um Estado inspirado na sua atividade política e no seu ordenamento jurídico, por um critério superior de liberdade. Não há, efetivamente Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento. (1972, BETTIOL, p.294)

Como princípio norteador do Direito penal e do Direito processual penal, nada mais coerente do que aceitar a produção de provas de ofício pelo magistrado quando for para beneficiar o réu. Portanto, uma aplicação hermenêutica do artigo 156 do código de processo penal, onde ocorreria uma interpretação conforme com a Constituição, levaria ao entendimento

de aplicabilidade do artigo 156 apenas quando beneficiar o réu, não podendo o Estado-juiz adentrar na seara acusatória do órgão ministerial e auxiliá-lo no papel persecutório.

Possível mácula do princípio da inocência em face da atuação probatória do juiz na condenação

A regra do artigo. 156 do Código de Processo Penal faz com que seja necessária fazer uma interpretação conforme a Constituição extraíndo o máximo possível a vontade do legislador constituinte. Afirma Hesse(1988,p.71) que “uma lei não deve ser declarada nula quando ela pode ser interpretada em consonância com a Constituição”. Nesse caso, mister se faz analisar a regra do ônus da prova a luz da norma constitucional expressa no art. 5º, LVII.

No sistema jurídico processual penal, além da disposição genérica prevista no art. 156 do Código de Processo Penal, encontram-se duas normas a respeito: a Lei nº. 9.034/95 (que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas) e a Lei nº. 10.409/02 (Tóxicos) que permitem o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. Nesta hipótese, ocorrendo a possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz. Pode o Juiz, pessoalmente, lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão *ad hoc*.

Vê-se, portanto, que se permitiu uma perigosa e desaconselhável investigação criminal levada a cabo diretamente pelo Juiz. Não é possível tal disposição em um sistema jurídico acusatório, pois lembra o velho sistema inquisitivo.

Lopes Jr (2001, p.74) fazendo um breve comentário sobre o artigo 156 do Código Processual Penal diz que:

necessário um ato de instrução e ao mesmo tempo valere a sua legalidade. São logicamente incompatíveis as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do imputado. São atividades que não podem ficar nas mãos de uma mesma pessoa, sob pena de comprometer a eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a própria credibilidade da administração da justiça. (...) Em definitivo, não é suscetível de ser pensado que uma mesma pessoa se transforme em um investigador eficiente e, ao mesmo tempo, em um guardião zeloso da segurança individual. É inegável que ‘o bom inquisidor

mata o bom juiz ou, ao contrário, o bom juiz desterra o inquisidor.

Mas, finalmente, em 12 de fevereiro de 2004 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade deste art. 3º., na parte que se refere à quebra de sigilos fiscal e eleitoral. A decisão foi dada pelos ministros ao julgarem parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1570). A ação havia sido ajuizada pela Procuradoria-Geral da República. O Ministro Relator, Maurício Corrêa, ao proferir seu voto, observou que o dispositivo impugnado confere ao juiz competência para diligenciar pessoalmente a obtenção de provas pertinentes à persecução penal de atos de organizações criminosas, dispensando o auxílio da Polícia e do Ministério Público. O Ministro também lembrou que a Lei Complementar nº. 105/01 (norma superveniente e de hierarquia superior), regulou integralmente a questão do sigilo bancário e financeiro nas ações delituosas praticadas por organizações criminosas e revogou, por incompatibilidade, a Lei nº. 9034/95. Para ele, em face da referida Lei Complementar restava prejudicada a ADI na parte em que o procedimento visado incide sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. O Ministro ainda afirmou que a lei questionada permanece em vigor quando trata da obtenção de informações fiscais e eleitorais, implicando na violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei.

Sobre a alegação de violação do princípio do devido processo legal, observou que:

O art. 3º. criou um *“procedimento excepcional, não contemplado na sistemática processual penal contemporânea, dado que permite ao juiz colher pessoalmente as provas que poderão servir, mais tarde, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão.”* (...) *“Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade.*

No seu voto, sustentou o Relator que, tanto no Direito Penal quanto no Direito Civil, afasta-se do julgamento o juiz que se considera impedido ou cuja suspeição é argüida, inclusive citou o art. 424 do Código de Processo Penal, dispositivo que determina o desaforamento se houver comprometimento com a exigência de imparcialidade do julgador. Para ele, a neutralidade do juiz é essencial, pois sem ela nenhum cidadão procuraria o Poder Judiciário para fazer valer seu direito e o art. 3º. teria exatamente criado o juízo de instrução, que nunca existiu na legislação brasileira. Por fim, julgou a ação procedente, em parte, para declarar

inconstitucional o art. 3º. da Lei 9.034/95, na parte em que se refere aos dados fiscais e eleitorais.

Contudo, o art. 3º. da Lei nº. 9.296/96 ,lei das interceptações telefônicas , permite ao Juiz, mesmo na primeira fase da *persecutio criminis*, determinar de ofício a quebra do sigilo telefônico, o que também representa uma quebra flagrante dos postulados do sistema acusatório.

Francisco de Assis Toledo (1991,p.80), Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, analisando os elementos fundamentais da estrutura do crime que chama de “notas fundamentais do fato crime” diz,

Ação típica que é a tipicidade, ilícita ou antijurídico e culpável. O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável. Alguns autores acrescentam um outro elemento - a punibilidade - a nosso ver sem razão. A pena criminal, como sanção específica do direito penal, ou a possibilidade de sua aplicação, não pode ser elemento constitutivo, isto é, estar dentro do conceito do crime. A contrário, pressupõe a existência de um crime já aperfeiçoado. É consequência do crime

A persecução penal é exercida pelo Ministério Público, onde foi o juiz afastado do seio do conflito de interesses diante do sistema acusatório. O juiz é um sujeito processual e não parte na relação jurídica. O Ministério Público é parte instrumental, mas também fiscal da lei, pois uma posição não exclui a outra, mas se completam entre si.

Se o Ministério Público não lograr êxito em provar a acusação que fez em sua peça exordial o resultado do processo não pode ser outro que não a absolvição do réu.

Afrânio Silva (1999,p.215) explica que a acusação é composta de imputação penal mais o pedido, delimitando, *assim, o thema decidendum*, ou seja, a própria extensão da prestação jurisdicional. Desta forma, é a imputação penal que vai delimitar o direito de ampla defesa, pois é cediço que o mesmo se defende dos fatos narrados na denúncia e não do artigo de lei mencionado no pedido de condenação.

A regra do ônus da prova deve assim ser vista a luz de uma Constituição Garantidora dos direitos individuais fundamentais e não naquela que manda o réu provar sua inocência. De acordo com essa breve análise, o artigo 156 do código de processo penal, quando autoriza ao juiz a produção de provas de ofício de acordo com a insuficiência das provas trazidas pelo Ministério Público está indo contra uma Constituição garantista e um processo penal garantista, pois se não há lastro probatório mínimo para basear a denúncia, a atuação do magistrado deve ser em favor do réu e não em auxiliar o Ministério Público no teor acusatório.

Considerações finais

No presente trabalho discorreu-se sobre a forma de aplicação dos princípios no âmbito jurídico, onde não há fórmulas para que um princípio anule outro. A regra que deve seguir é a da preponderância de princípios, sendo assim, quando há colisão de princípios aplicáveis a norma jurídica não poderá haver anulação de um em benefício de outro, mas sim um preponderará sobre outro, podendo essa mesma preponderância vir a ser modificada com a evolução da sociedade e dos processos de interiorização das normas jurídicas. Afinal, a sociedade de 30 ou 40 anos atrás não tem os mesmos valores da sociedade de hoje.

Em virtude da aplicabilidade dos princípios, encontra-se um substrato de grande preocupação social que é o direito penal. A sociedade enxerga a aplicação do direito penal pelo Estado-juiz como uma verdadeira vingança institucionalizada. O Estado deve atuar com precisão e efetividade na repressão aos crimes praticados pelos homens.

O Direito penal e o Direito Processual Penal formam um sistema de freios e contrapesos. O Direito Penal que é o direito de punir do Estado será viabilizado através de um Direito Processual Penal, em que garantirá ao réu um devido processo legal procedimental e um devido processo legal substancial. O contraditório será respeitado nos limites da legalidade e a ampla defesa assegurada.

Diante deste cenário processual, surge o artigo 156 do código de processo penal que será questionado como uma normatividade inquisitorial inserida no sistema processual acusatório.

O processo penal brasileiro adotou o sistema acusatório como um garantidor processual, pois cada órgão terá sua função definida. Ao órgão ministerial cabe acusar, ao juiz julgar de forma imparcial e ao réu se defender dos fatos apontados na denúncia do Ministério Público.

O artigo 156 do código de processo penal, permite que o magistrado produza provas de ofício quando não se satisfaz com as provas apresentadas pelo Ministério Público. Observa-se, neste ponto a interferência do magistrado no órgão acusatório e em caráter de auxílio, na persecução penal, acaba por macular o sistema acusatório e instalar um sistema inquisitório. Portanto, com essa atitude há um estrangulamento do princípio norteador do processo penal e princípio na Constituição da República Federativa do Brasil, do estado de inocência ou da não culpabilidade, até que seja prolatada sentença condenatória, e o princípio da busca da verdade real que norteia o processo penal, na busca da verdade fora dos autos no processo.

Em uma breve análise é exposta uma mácula no princípio do estado de inocência que no caso do artigo 156, com a autorização de produção probatória pelo magistrado, quando o Ministério Público o faz de forma insuficiente, acaba por ser mais uma forma de pré-concepção condenatória daquele que está sendo acusado da prática de um ilícito.

Faz-se necessária uma reavaliação deste artigo 156 do CPP, pois se houvesse uma interpretação conforme a Constituição e as provas de ofício fossem utilizadas para beneficiar o réu estar-se-ia praticando um garantismo processual penal e salvaguardando o direito a um processo justo e efetivo para qualquer um que estivesse sendo acusado pelo Estado.

REFERÊNCIAS:

- HESSE, Konrad. *A Força normativa da Constituição*, (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Editora Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy . *Ônus da Prova no Processo Penal*. 1. ed. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- DANTAS, David. *Interpretação Constitucional no pós-positivismo*, Madras , 2005
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005
- NUCCI, Guilherme Souza. *Código Penal Comentado*, Revista dos Tribunais, 2006.
- ATIENZA, Manuel. *Teoria da Argumentação Jurídica*, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins. Fontes, 1999.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre. Sérgio Fabris Editor. 1998.
- CANARIS, Claus- Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito / Clau-Wilhelm Canaris.- 2ª ed.- Lisboa : FCG, 1996.*
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- RANGEL, Paulo: *Direito processual penal*. São Paulo: Lumem Juris, 2005 ...
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002,

O Regime Geral de Previdência Social e sua importância para o Trabalhador brasileiro

Irene da Conceição de Freitas*

Resumo: A Previdência Social surgiu na Alemanha, de forma incipiente, no final do século XIX, no contexto das transformações das relações de trabalho advindas com o processo da Revolução Industrial que transformou a classe trabalhadora até então existente em classe operária ou proletária. No Brasil a Previdência Social surgiu, de forma incipiente em 1923, com a chamada “Lei Eloy Chaves”, (Decreto nº. 4.682, de 24.01.1923), que instituiu a Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados de cada empresa ferroviária do País, e se fortaleceu acompanhando a evolução, expansão e organização da classe operária, formada com o processo de industrialização. Descrever, de forma resumida, a origem e a evolução da Previdência Social é o objetivo da primeira parte do presente artigo, procura-se explicitar, na segunda parte, a importância do Regime Geral de Previdência Social para prover as necessidades vitais dos trabalhadores, decorrentes dos riscos sociais .

Palavras-Chave: Seguridade Social. Previdência Social. Regime Geral.

Introdução

A Previdência Social surgiu na Alemanha, de forma incipiente, no final do século XIX, no contexto das transformações das relações de trabalho advindas com o processo da Revolução Industrial que transformou a classe trabalhadora até então existente em classe operária ou proletária, como um sistema de seguro obrigatório formado por cotizações dos segurados e das empresas, para prover as necessidades dos operários na velhice, substituindo o sistema de assistência social então vigente. No século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, se consolidou como uma política pública do Estado, no contexto da implantação do modelo

* Mestranda em Ciências Sociais. Bacharel em Ciências Contábeis pela UFPB, Especialista em Controladoria e Contabilidade.

econômico/produtivo keynesiano/fordista, que redefiniu o papel do Estado, transformando-o em mediador entre o econômico e o social - o *Welfare State*, que passou a assumir os riscos do sistema de seguridade social mediante o financiamento fiscal complementar das cotizações. A crise do modelo econômico keynesiano/fordista, iniciada nas últimas décadas do Século XX, colocou o papel Estado de Bem Estar Social no centro dos debates políticos e promoveu amplas reformas das políticas sociais até então vigentes.

A política econômica brasileira, voltada especificamente para a produção e exportação de produtos agrícolas e de extração mineral, retardou a entrada do País no processo industrialização que ganhou impulso nas décadas de 1930 e 1940, dentro do modelo desenvolvimentista do Governo Vargas. Contudo a Previdência Social surgiu, de forma incipiente em 1923, com a chamada “Lei Eloy Chaves”, (Decreto nº. 4.682, de 24.01.1923), que instituiu a Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados de cada empresa ferroviária do País, e se fortaleceu acompanhando a evolução, expansão e organização da classe operária, formada com o processo de industrialização que modifica as relações entre os trabalhadores e o Estado, materializadas mediante a interligação dos sindicatos, da justiça do trabalho e da política previdenciária.

No século XX o Brasil passou por dois períodos de exceção política, a ditadura Vargas nas décadas de 30 e 40 e a ditadura militar, nas décadas de 60 a 80, e nesse período toda a expansão previdenciária ocorreu como “concessões paternalistas” do governo, como forma de legitimação do seu poder, aliado ao modelo econômico/produtivo de “substituição de importações” adotado no País, não permitiram a implementação do Estado de Bem Estar nos moldes europeus.

O retorno à normalidade política trás a tona todos os anseios da sociedade civil, na busca do direito pleno de liberdade, igualdade e fraternidade, ou seja, a recuperação da cidadania duramente reprimida durante a ditadura militar, e a Constituição de 1988, chamada “Constituição Cidadã”, cristalizou todas as aspirações sociais e promoveu alterações substanciais na Previdência Social ao redefinir o sistema de proteção social dando ênfase aos aspectos da universalidade e equivalência da cobertura num sistema unificado de saúde, previdência e assistência social, a Seguridade Social, cuja implantação se efetivou no início da década de 1990, quando o Brasil começou um processo de reestruturação econômica, política e social para incluir o País nos padrões internacionais de globalização.

Nesse contexto a seguridade social foi duramente questionada e a previdência social tornou-se o alvo principal das pressões políticas internas e externas e passou por um processo contínuo de reformas que resultaram na subtração de alguns direitos dos trabalhadores,

contemplados na Constituição e considerados, pelos economicistas de plantão, como “privilégios” que precisavam ser suprimidos em prol do ajuste fiscal das contas públicas.

Descrever, de forma resumida, a origem e a evolução da Previdência Social é o objetivo da primeira parte do presente artigo, procura-se explicitar, na segunda parte, a importância do Regime Geral de Previdência Social para prover as necessidades vitais dos trabalhadores, decorrentes dos riscos sociais .

Previdência Social: Uma Abordagem Histórica

A previdência social nos moldes existentes nos países ocidentais é um fato social que surgiu recentemente na história da sociedade e representa uma conquista do homem em suas interações sociais, contudo, a preocupação da sociedade em construir mecanismos de solidariedade para a proteção social dos idosos, inválidos, viúvas, órfãos e pessoas desprotegidas pode ser facilmente verificada na história de todas as civilizações, desde as mais primitivas às mais modernas. Segundo Rosanvallon, (1997:122) “a Grã-bretanha foi o primeiro País no qual a assistência social foi organizada de modo sistemático, (...) a lei dos pobres (poor laws) de 1601”.

Para Tafner (2007:55) que “os sistemas de previdência surgem como consequência dos processos de proletarização e de urbanização, quando os trabalhadores e suas famílias passam a ficar mais expostos a riscos de miserabilidade sem qualquer rede de proteção familiar ou social”.

A proletarização para Przeworski (1989:75) “deve o seu surgimento à introdução das máquinas, e os primeiros proletários trabalhavam na atividade manufatureira e foram gerados diretamente por ela”, portanto, foi no contexto da Revolução Industrial, iniciada na Grã-Bretanha por volta de 1770 se estendeu por toda a Europa e Estados Unidos, que promoveu, juntamente com as mudanças tecnológicas, econômicas e sociais, a transformação da classe de trabalhadores existente até então, em classe operária ou proletariado que, segundo Singer (1988:4), “é o conjunto de pessoas desprovidas de propriedade ou de qualquer forma de renda, que, por isso são obrigadas a alugar sua capacidade de trabalhar, isto é, a vender sua força de trabalho para poder viver”.

A nova classe de trabalhadores, formada no contexto do Estado Liberal moderno que “surgiu na Europa por volta dos séculos XVII e XVIII e, ao lado da técnica científica, trouxe radicais mudanças no mundo daquela época” e, ao “atribuir à sociedade todas as condições para o pleno exercício da liberdade propicia a exploração dos fracos pelos fortes” (LAKATOS e

MARCONI, 1999:334-335), foi realmente explorada pela burguesia que, impulsionada pelo espírito do capitalismo, em sua busca constante pela maximização racional dos resultados, abriu “o caminho para a constituição de um mundo social marcado em escala crescente pelas modalidades racionais de ação (...), é a passagem de um mundo social “encantado” para o mundo social “desencantado” da modernidade”. (COHN, 2003:232).

A situação precária da classe operária no início do industrialismo foi objeto de diversos estudos feitos por Marx e Engels, e, no livro “O Manifesto Comunista”, publicado em 1848, concluem afirmando que, com a ascensão da burguesia, a classe social que havia derrotado as formas de produção medieval, ao cenário mundial, a luta de classes ficou reduzida a dois grupos que se enfrentam em permanente conflito: a burguesia e o proletariado.

Paradoxalmente, os primeiros elementos de políticas sociais que abriram caminho para o Estado-Providência moderno surgiram na Alemanha, que “se unifica e se organiza como Estado nacional mais tardiamente que o conjunto das nações européias” (COSTA,1997:70), e onde a “transição para o industrialismo capitalista ocorreu apenas em fins do século XIX: ela se deu sem a ocorrência de uma revolução burguesa “bem sucedida” e na articulação de um processo de centralização política assegurada pelo imperialismo militar prussiano” (GIDDENS, 1998:41.).

O governo do General Otto Von Bismarck, confrontado com a força crescente do partido social democrata, preparou entre 1883 e 1889, os projetos de leis que o Imperador Guilherme I propôs ao parlamento alemão, transformados nas seguintes leis: a primeira de 15.06.1883, sobre seguro doença; a segunda de 1884 sobre os acidentes de trabalho e a terceira de 1889 sobre o seguro-invalidéz instituiu um primeiro sistema obrigatório de aposentadorias. As caixas eram alimentadas por cotizações pagas pelos empregadores e pelos operários em partes iguais. Essas três leis foram codificadas e generalizadas pelo Código dos Seguros Sociais de 1911, primeiro modelo histórico do gênero. (ROSANVALLON, 1997: 127)

A Grã-Bretanha, “onde a Revolução Industrial ocorreu em uma sociedade em que desenvolvimentos anteriores criaram uma ordem social “de compromisso”, na qual, como Marx já havia formulado, os proprietários de terras “governavam oficialmente”, enquanto a burguesia dominava as diferentes esferas da sociedade civil” (GIDDENS, 1998, p.41), mantinha apenas um sistema de assistência social - a lei dos pobres (poor laws) de 1601 e somente em 1942 o sistema de previdência social foi implantado com base no plano BEVERIDGE – e o advento do Welfare State. (ROSANVALLON, 1997: 122-126).

Nos Estados Unidos a lei da Seguridade Social surgiu em 1935, após a depressão de 1930, com base no “novo modelo de intervenção estatal para atender aos requisitos da produção fordista (...) o New Deal de Roosevelt” (HARVEY, 1993:124), e consolidou as relações

produtivas entre as empresas e os trabalhadores que, para manterem os direitos da seguridade social adotaram “uma atitude cooperativa no tocante às técnicas fordistas de produção e às estratégias cognatas para aumentar a produtividade” (idem.:128), através de “dois programas previdenciários de âmbito nacional: um federal, de aposentadoria por velhice para os industriários e comerciários e outro federal/estadual, de seguro desemprego” (LEITE, 1983: 151).

No século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, a Previdência Social se consolidou como uma política pública do Estado, no contexto da implantação do modelo econômico/produtivo keynesiano/fordista, que redefiniu o papel do Estado, transformando-o em mediador entre o econômico e o social - o *Welfare State*, e passou a assumir os riscos do sistema de seguridade social mediante o financiamento fiscal complementar das cotizações. Atribuir o surgimento novo modelo econômico à necessidade de expansão do fordismo é contestado por Lipietz, (1991:. 33-34) que afirma:

(...)o novo modelo de regulação, apropriado a um novo modelo de desenvolvimento, foi o produto de lutas sociais (...) imaginar que o tecido das formas reguladoras tivesse sido implementado com o objetivo de “fzer funcionar” o fordismo.(...) as convenções coletivas e a previdência social não foram “conquistas do fordismo” e, sim, conquistas operarias: o preço do sangue de Adelen, na Suécia, das lutas do novo sindicato CIO, sob Roosevelt, o preço do sangue da Resistência francesa ou italiana, da tenacidade da classe operaria britânica sob o Blitz.

A política econômica brasileira voltada especificamente para a produção e exportação de produtos agrícolas e extração mineral, com a utilização quase que exclusiva da mão-de-obra escrava, retardou o processo de industrialização, que começa de forma incipiente, somente no final do século XIX início do século XX. Segundo Singer (1988:.64) “nessa fase inicial do processo de industrialização brasileiro, entre 1880 e 1920, a classe trabalhadora era formada por um semi-proletariado agrícola e um proletariado predominantemente manufatureiro nas cidades”.

O início do processo de industrialização brasileiro, a exemplo do que já acontecia no campo, submeteu a classe trabalhadora a longas jornadas de trabalho, trabalho infantil, salários baixos, acidentes no trabalho com o patrão determinando como e quantas horas o operário deveria trabalhar. Nesse período a resistência dos trabalhadores se fez através de associações operárias que promoviam greves, sendo a maior delas, a que se realizou em julho de 1917, e paralisou o Estado de São Paulo e cuja principal reivindicação, o aumento de salário, foi

concedida pelos patrões numa evidente demonstração de que “a força do movimento operário se origina das conquistas obtidas e constitui a base para novas lutas pela previdência social, a assistência à saúde, (...)”. (SINGER 1988:73).

Dentro deste contexto e, no cenário das transformações em curso na Europa, após a Primeira Guerra Mundial, o Tratado de Versalhes e a criação da OIT - Organização Internacional do Trabalho, incumbida de proteger as relações entre empregados e empregadores no âmbito internacional, por meio de convenções e recomendações, o sistema normativo brasileiro de proteção ao trabalhador ganhou impulso e, em 1919 foi promulgada a Lei nº. 3.724, de 15.01.1919, obrigando as empresas a indenizarem seus trabalhadores pelos acidentes sofridos no trabalho.

O marco inicial da Previdência Social no Brasil foi à chamada “Lei Eloy Chaves”,²² que instituiu a Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados, considerados, não só os que prestavam serviços mediante ordenado mensal, como os empregados diaristas, de qualquer natureza que executem serviços de caráter permanente, de cada empresa ferroviária do País e garantia ao trabalhador segurado quatro modalidades de prestações: “socorros médicos em caso de doença em sua pessoa ou pessoa de sua família” e “medicamentos obtidos por preço especial”, “aposentadoria” e “pensão para os herdeiros, em caso de morte”.

A implantação Caixa de Aposentadoria e Pensão dos Ferroviários, com a vinculação dos empregados em função das empresas em que trabalham, incentivou a criação de inúmeras caixas de aposentadoria e pensões, “muitas possuíam pequeno número de segurados, incompatível com o bom funcionamento em moldes securitários aconselháveis” (FERNANDEZ, 2005:29).

Em 1933 surgiu o primeiro instituto de aposentadorias e pensões de âmbito nacional - o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos²³ - que abrigou todos os trabalhadores de todas as empresas de marinha, e marca o início da filiação ao sistema por categoria profissional. A partir dessa iniciativa outros institutos foram surgindo através da fusão das antigas caixas de aposentadorias e pensões, cada um com regras próprias para a arrecadação e concessão de benefícios aos segurados. Os Institutos davam cobertura previdenciária aos grupos de trabalhadores formais por setor de atividade e, ao reunir uma massa maior de filiados, apresentavam as condições necessárias para o bom funcionamento do sistema em bases atuariais favoráveis.

A Previdência Social brasileira se fortaleceu acompanhando a evolução, expansão e organização da classe operária formada com o início do processo de industrialização, décadas

²² Decreto nº. 4.682, de 24.01.1923.

²³ Decreto nº. 22.872/33.

de 30 e 40, que modifica a relação entre os trabalhadores e o Estado, materializada mediante a interligação de três sistemas: sindicato, Justiça do Trabalho e política previdenciária efetivada na Constituição de 1934, especialmente na fase intervencionista do Estado decorrente do golpe de Getúlio Vargas que utilizou a legislação trabalhista “como instrumento de persuasão na tentativa de ganhar a adesão dos trabalhadores ao seu projeto” (DRUCK:57), e cujo ponto culminante foi a Consolidação das Leis de Trabalho – CLT²⁴ reunindo toda a legislação que regulamentava as relações de trabalho entre patrões e empregados existente, que estavam dispersas em diversos diplomas legais.

De acordo com LEITE (1983:40 - 41), somente em 1960, com a Lei Orgânica da Previdência Social,²⁵ foi feita a “uniformização dos regimes, com o estabelecimento de benefício, custeio e gestão basicamente iguais para todos os institutos” e, em 1967, na vigência do governo militar, foi concretizada a unificação total dos seis institutos existentes em um único, o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS que funcionou durante onze anos sem conseguir obter a racionalidade administrativa planejada pelos técnicos do governo que promoveu nova reformulação da Previdência brasileira com a criação do SINPAS – Sistema Nacional de Previdência Social ²⁶, um sistema controlado, coordenado e orientado pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, cuja estrutura básica permitia a racionalização dos serviços através de autarquias específicas para as atividades fins e para as atividades meios.

Em que pese à expansão da cobertura previdenciária ocorrida com a criação dos institutos esta ainda não contemplava a totalidade dos trabalhadores brasileiros, pois continuavam de fora do sistema, os empregados domésticos e todos os trabalhadores rurais.

As iniciativas para a inserção dos trabalhadores rurais na previdência social começaram a ser esboçadas no Governo Goulart através do Estatuto do Trabalhador Rural²⁷, que previa a criação do Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural - (FUNRURAL), tendo como fonte de custeio a contribuição de 1% incidente sobre o valor da comercialização da produção rural e recolhida diretamente pelo próprio produtor. Essa sistemática tornou inviável o processo de fiscalização e controle da receita e acabou inviabilizando a estruturação do fundo.

Com a implantação da ditadura militar de 1964 o problema da previdência social rural só foi retomado em 1969 e as primeiras medidas concretas para desenhar o modelo de previdência social do setor rural surgiram com o Plano Básico²⁸, que criava a Previdência para os empregados do setor agrário da agroindústria canavieira e para aos empregados das empresas

²⁴ Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º. 05.1943

²⁵ Lei nº. 3807, de 26.08.1960

²⁶ Lei 6.439, de 1.09.1977

²⁷ Lei nº. 4.214/63

²⁸ Decretos Lei nº. 564 e 704/69

produtoras e fornecedoras de produtos agrários in-natura para exportação. Em 1971 a Lei complementar 11/71, revogou a legislação relativa ao Plano Básico e instituiu o Pró-Rural, um sub-regime da previdência que funcionava paralelamente ao regime geral de previdência urbano, e garantia os seguintes benefícios, equivalente a meio salário mínimo, ao “chefe” da família: aposentadoria por velhice aos 65 anos de idade ou por invalidez, pensão por morte, auxílio funeral, auxílio doença no caso de acidente do trabalho, no valor de 75% do salário mínimo, serviços de saúde e serviço social.

Essa iniciativa do regime militar levou Delgado e Schwarzer, (2000: 191) a afirmarem:

”à primeira vista, é absolutamente paradoxal que tenha sido sob o regime militar brasileiro (1964/1984), conservador e autoritário – mormente após a edição do Ato Institucional nº. 5 (1968), que marcou a fase mais repressiva do regime –, o responsável pela expansão, de forma inédita na América Latina, da cobertura do sistema previdenciário do setor rural”. (...) o regime autoritário brasileiro temia perturbações sociais na área rural, porque nos anos 60 e 70, implementou-se uma política de modernização do setor rural, (...) que implicou alto custo social para a pequena produção rural (...) e, por meio de um programa social de cunho paternalista e centralmente administrado, aumentar a dependência individual em relação ao Estado (...).

O amparo a idosos e inválidos foi instituído em 1974²⁹ sob a forma de renda mensal vitalícia e era concedido aos maiores de 70 anos ou inválidos que tinham pertencido à previdência social urbana ou rural em qualquer época, por no mínimo doze meses consecutivos. O custeio do programa era atendido por uma parcela da receita de contribuições, (0,2%) sobre a folha de salários dos trabalhadores urbanos.

O governo militar é responsável, também, pela legalização do trabalho doméstico³⁰ - “empregado doméstico remunerado” - e sua inclusão no regime previdenciário urbano, porém não o trabalho doméstico da dona-de-casa que na visão de Grint (1988:46) é “convencionalmente associado ao trabalho no lar não remunerado, ou mais propriamente ao “trabalho em casa” e por isso, tem sido eliminado das preocupações sobre o trabalho (..) e a sua classificação popular como não trabalho”

Contudo, nesse mesmo período, surgiram as primeiras medidas de flexibilização do trabalho no Brasil dentre elas: a) a criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço³¹ visando assegurar aos empregados uma garantia pelo tempo de serviço prestado às empresas, mediante opção do empregado, na prática, porém se transformou em instrumento de manobra

²⁹ Lei nº. 6.179/74

³⁰ Lei nº.5.859, de 11.12.1972

³¹ Lei nº. 5.107/66

dos empregadores que só admitia o empregado mediante a opção para que este não viesse a adquirir a estabilidade no serviço prevista em lei; b) a instituição do regime de trabalho temporário nas empresas urbanas³² através de empresa de trabalho temporário previamente registrado no Departamento Nacional de Mão de Obra do Ministério do Trabalho e c) e a criação da previdência complementar³³ “que classificava as entidades de previdência privada em fechadas ou abertas, de acordo com a relação existente entre elas e seus participantes” (LEITE, 1986: 154).

O retorno da normalidade política no Brasil exigiu a elaboração de nova Constituição que atendesse aos anseios da sociedade civil, pondo fim ao regime de exceção. A Assembléia Nacional Constituinte 1988, redigiu a chamada Constituição Cidadã, que promoveu alterações substanciais na Previdência Social ao redefinir o sistema de proteção social dando ênfase aos aspectos da universalidade e equivalência da cobertura – a Seguridade Social definida por Pierre Laroque como: “a garantia dada a cada homem de que, em todas as circunstâncias, poderá assegurar em condições satisfatórias sua subsistência e das pessoas a seu cargo”. (GALANT, 1955:..27-28 apud MORAES, 1983:..91).

O novo conceito de Seguridade Social³⁴ implantado no Brasil com a Constituição de 1988, foi definido como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” embasados nos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações rurais e urbanas; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade no valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; e caráter democrático e descentralizado da gestão.

O desenho da Previdência Social no Brasil, hoje, abrange três grandes regimes previdenciários: o Regime Geral de Previdência Social, administrado pelo INSS, de caráter compulsório, com teto básico fixado pelo Governo, que envolve todos os trabalhadores da iniciativa privada; os Regimes Próprios de Previdência Social, compulsório, que envolvem os servidores públicos estáveis e são administrados por cada ente da federação que o instituiu, e a Previdência Complementar que é voluntária e constitui-se num complemento ao benefício do INSS (BRASIL: 2004).

Regime Geral de Previdência Social

³² Lei nº. 6019, de 03.01.1974

³³ Lei nº. 6.435, de 15.07.1977

³⁴ CF de 1988 art. 194.

A Previdência Social pode ser definida de forma genérica como “a organização criada pelo Estado, destinada a prover as necessidades vitais de todos os que exercem atividade remunerada e de seus dependentes (...) por meio de um sistema de seguro obrigatório, de cuja administração e custeio participam, em maior ou menor escala, o próprio Estado, os segurados e as empresas” (OLIVEIRA, 1987: 10, apud FERNANDEZ, 2005: 12).

A Constituição estabeleceu que a Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei³⁵ a: cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário³⁶; salário-família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependente³⁷.

Diferentemente das políticas de saúde e de assistência social oferecidas gratuitamente a todos os cidadãos que delas necessitarem, a organização da previdência social está assentada em dois princípios basilares: é compulsória ou seja, todo trabalhador que exercer atividade remunerada é obrigado a se filiar à previdência e é contributiva, ou seja, para ter acesso a qualquer benefício previdenciário o trabalhador deve contribuir para a manutenção do sistema. Essa exigência legal aparece, em princípio, como um obstáculo intransponível ao acesso do trabalhador a previdência, contudo, na prática, isso não ocorre pois, o sistema está estruturado, com base na diversidade de financiamento, segurados, empresas e sociedade, e no modelo de repartição simples onde a solidariedade inter e intra-geracional que permite contribuições diferenciadas, de acordo com a capacidade contributiva de cada participante, e com a garantia constitucional de que todo benefício tem como valor mínimo o Salário Mínimo³⁸.

Para atender os princípios constitucionais da “universalidade da cobertura” e “equidade da forma de custeio” os trabalhadores foram classificados em segurados obrigatórios e facultativos, de acordo com sua ocupação no mercado de trabalho, definida por Singer (1998: 14) “toda atividade que proporciona sustento a quem a exerce”. Os segurados obrigatórios foram subdivididos em cinco categorias: empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial. Os segurados facultativos são aqueles que, não estando vinculados obrigatoriamente à Previdência Social por não exercerem atividade

³⁵ Leis 8.212 e 8.213/91- Instituem os Planos de Custeio e de Benefícios da Previdência Social

³⁶ A Lei 7.998, de 11.01.1990, regula o seguro desemprego, o abono salarial e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador.

³⁷ CF art. 2001.

³⁸ CF / 1988. art. 201 §2º

remunerada, ou a Regime Próprio de Previdência Social por não exercerem cargo efetivo nos entes da federação que instituíram regime próprio de previdência, optam por sua inclusão no sistema previdenciário, desde que tenham idade superior a 16 anos.

O Regime Geral oferece vários benefícios aos segurados³⁹: aposentadorias - pagamentos mensais vitalícios - por motivo de idade, por tempo de contribuição, por incapacidade para o trabalho (invalidez) ou por trabalho exercido em atividades sujeitas a agentes nocivos à saúde (especial); salário-família e salário-maternidade; auxílio doença e auxílio acidente; aos dependentes: pensão por morte e auxílio reclusão. A renda mensal do benefício é calculada, na maioria dos casos, em função do “salário de benefício⁴⁰” que corresponde à média aritmética simples dos 80% maiores “salários de contribuição⁴¹” a partir de julho de 1994, sendo exigido um período mínimo de contribuição chamado “período de carência⁴²”.

Segundo Tafner (2007:401) uma das características marcantes do sistema previdenciário brasileiro é a adoção de critérios diferenciados para regular a “elegibilidade, a concessão e o valor dos benefícios – inclusive as regras de preservação do valor real ou de reajustamento – e as formas e modalidades de contribuição ao sistema“. Essa afirmativa fica sobejamente demonstrada quando se processa a análise dos requisitos para a concessão da aposentadoria por idade⁴³ - concedida ao segurado que, cumprida a carência, no mínimo, 15 anos de contribuição, alcança o limite de idade de sessenta anos, se mulher, e 65 anos, se homem, sendo que os trabalhadores rurais têm direito ao benefício cinco anos mais cedo, ou seja, aos 55 anos, se mulher e aos 60 anos, se homem; a aposentadoria por tempo de contribuição – os homens para terem direito ao benefício, precisam contribuir por 35 anos e as mulheres, por 30 anos, sendo que os professores têm seu tempo de contribuição reduzido em cinco anos, desde que comprovem 30 e 25 anos de contribuição exclusivamente em atividade de magistério. Os filiados à previdência antes da reforma de 1998⁴⁴ têm assegurado o direito à aposentadoria proporcional aos 48 anos de idade e 25 anos de contribuição, se mulher, e aos 53 anos de idade e 30 anos de contribuição para o homem.

Outro benefício previdenciário muito importante para o trabalhador - a aposentadoria especial - concedida àquele que trabalha em condições especiais, o tempo de contribuição exigido varia de acordo com o grau de risco, 15, 20 ou 25 anos, devendo ser comprovada a real

³⁹ Os dados de benefícios foram extraídos da cartilha: Panorama da Previdência Social do MPS p.29-35.

⁴⁰ Art. 29, da lei nº. 8213/91

⁴¹ Art. 28, da lei nº. 8212/91

⁴² Art. 24, da lei nº. 8.213/91

⁴³ Art. 48, da lei nº. 8213/91

⁴⁴ Emenda Constitucional nº. 20/1998

exposição aos agentes nocivos, químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou a integridade física.

A aposentadoria por invalidez é concedida ao segurado que está total e definitivamente incapaz para o trabalho, e exige uma carência mínima de 12 meses de contribuição. O retorno voluntário a atividade implica no cancelamento da aposentadoria.

Alem da aposentadoria o segurado tem direito, durante sua vida laborativa, a auxílios da mais alta importância: a) o auxílio doença - quando algum comprometimento físico ou mental o impeça de trabalhar por período superior a quinze dias, para o empregado e desde o primeiro dia da incapacidade para o contribuinte individual, sendo exigida uma carência mínima de doze contribuições que será dispensada no caso de acidente; e b) o auxílio acidente que é uma indenização, correspondente a 50% do salário de benefício, que o segurado recebe, quando as lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, inclusive de acidente de trabalho, resultar seqüelas que reduzam a sua capacidade de trabalho.

O salário maternidade, um benefício instituído em 1967 pela legislação trabalhista⁴⁵ como forma de proteção à maternidade e garantia de continuidade do vínculo empregatício da mulher trabalhadora, foi absorvido pela previdência social em 1974⁴⁶. Inicialmente destinado a segurada empregada, foi estendido as demais seguradas, e corresponde à última remuneração mensal, durante o período de 120 dias, inclusive nos casos de adoção de criança de até um ano de idade. No caso de adoção de criança com idade entre um e quatro anos o período é de 60 dias, e com idade entre 4 e oito anos, o período é de 30 dias.

O salário família, um benefício previdenciário instituído desde 1963⁴⁷, como um direito de todos os trabalhadores com filhos menores de quatorze anos, como instrumento de proteção à criança e ao adolescente, ao exigir comprovantes de vacinação e frequência escola para a sua concessão, atualmente é pago apenas ao segurado empregado e ao trabalhador avulso que comprovar um salário dentro de limites pré-estabelecido pela previdência.

Os benefícios concedidos aos dependentes do segurado – marido, mulher ou companheiro (a), filho, não emancipado e menor de 21 anos, filho incapaz para o trabalho de qualquer idade, e, comprovada a dependência econômica, o pai e a mãe e irmão menor de 21 anos ou inválido de qualquer idade - são : a pensão por motivo de falecimento do titular e o auxílio reclusão quando o segurado for recolhido à prisão, este obedecida as seguintes condições: quando o salário for inferior ao limite estabelecido pelo INSS para recebimento do salário família, e o

⁴⁵ Decreto-lei n. 229, de 28.02.1967

⁴⁶ Lei nº. 6.136, de 07.11.1974.

⁴⁷ Lei nº. 4266, de 03.10.1963

segurado não estiver recebendo remuneração da empresa nem em gozo de outro benefício previdenciário – aposentadoria, auxílio doença, etc.

Em 2006 as contribuições sociais, arrecadadas da sociedade para a manutenção dos programas e ações típicas da Seguridade Social foi da ordem de R\$ 303 bilhões de reais, 13% do PIB, dos quais R\$ 255 foram revertidos à sociedade sob a forma de pagamento de benefícios previdenciários: urbanos: R\$ 129 bilhões; rurais R\$ 32,2 bilhões; assistenciais (LOAS) R\$ 10,4 bilhões, outros benefícios assistenciais, inclusive o programa Bolsa Família, R\$ 7,8 bilhões, ações de Saúde R\$ 40,7 bilhões, benefícios do FAT R\$ 14,7 bilhões , dentre outros. (ANFIP, 2007: 9-15).

Caberia aqui um questionamento. Por que um sistema de previdência tão denso e de caráter universal, que propicia a cobertura de todos os eventos que possam comprometer a renda do segurado, não consegue alcançar toda a classe trabalhadora? A previdência é um sistema que exige, para o seu funcionamento pleno, uma econômica voltada para as políticas de pleno emprego, assim a exclusão previdenciária que se evidencia no Brasil tem relação direta com o modelo de desenvolvimento econômico adotado no País, desde o início do seu processo de industrialização, conforme aponta Druck (1999:58-59):

“embora o chamado modelo de “substituição de Importações” tenha se inspirado no modelo americano de industrialização (...) aqui a industrialização e o crescimento econômico assumem um caráter fortemente excludente. Isto porque incorporou segmentos relativamente reduzidos ao mercado de trabalho organizado (...) não ocorreu no Brasil o processo de integração de amplas massas ao mercado de trabalho e de consumo. Assim como não se constituiu um Estado de bem-estar social (...) cujas classes subalternas não conseguiram atingir nem mesmo a “cidadania do fordismo”.

O processo de reestruturação produtiva, iniciada na década de 1990, buscando adequar às empresas brasileiras aos novos padrões internacionais da economia globalizada, feito segundo Castells (2006, .181) por meio de: "pressão política por intermédio de atos diretos do governo ou de imposição do FMI/Banco Mundial/Organização Mundial do Comercio", os mecanismos utilizados pelos Países desenvolvidos para impor o novo modelo de reprodução capitalista aos países periféricos, que Harvey (1993, p.140) chamou de “acumulação flexível” que se apóia “na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e dos padrões de consumo”, promoveu, além das mudanças econômicas, políticas e sociais, o aumento do desemprego e do subemprego, pois “um novo modelo econômico de inserção internacional desfavorável ao emprego nacional (...) vem acompanhado do aumento de vagas assalariadas

sem registro e de ocupações não-assalariadas, implicando aumento considerável da precarização das condições e relações de trabalho” (POCHMANN, 2001: .95 - 98)

Segundo Antunes (1999: 209) “as metamorfoses do trabalho” ocorridas nas últimas décadas do século XX, promoveu a “subproletarização do trabalho, decorrência das formas diversas de trabalho parcial, terceirizado, subcontratado, vinculado à economia informal, ao setor de serviços, etc.” e os dados do IBGE, com base na PNAD – Pesquisa Nacional por Amostragem Domiciliar⁴⁸ – 2005 corroboram esta afirmativa ao indicar que dos 87,1 milhões da população ocupada 18,2 milhões têm rendimento mensal inferior a ½ salário mínimo e somente 16,9 milhões tem rendimento superior a 2 salários mínimos; dos trabalhadores empregados - 45,5 milhões - 15,4 milhões não tem carteira assinada, ou seja, são submetidos a uma relação de emprego, porém excluídos dos direitos trabalhista e previdenciários. Aliado a este contingente estão 18,8 milhões de trabalhadores por conta própria, dos quais 5,4% com rendimentos mensais de até ½ salário mínimo, e 5,9 milhões de trabalhadores ocupados, sem rendimento, trabalhando para consumo próprio uma “forma disfarçada de desemprego e não ocupação propriamente dita” (POCHMANN 2001: 99), portanto, não acumulando rendimentos suficientes para arcar com as contribuições previdenciárias na categoria de “contribuinte individual”, compõem a massa dos excluídos que, no futuro, recorrerão aos benefícios assistenciais da Lei Orgânica de Assistência Social- LOAS. (ANFIP, 2007:25).

Segundo Beynon (1995: 8) na Grã-bretanha onde a “a classe operaria é a mais antiga do mundo”, a desregulamentação dos mercados feitas no Governo Thartcher, “promoveu medidas para aliviar a carga do Estado das costa da iniciativa privada, (..) e recusou-se a assinar o “capítulo social” do novo acordo da União Européia” uma evidente demonstração que o modelo econômico baseado no neoliberalismo, representa uma ameaça ao modelo de previdência estatal privilegiando esquemas privados de seguridade.

Considerações Finais

Ao longo do presente artigo ficou evidenciado que a Previdência Social brasileira, criada inicialmente em 1923, para um grupo de empregados específicos, foi se consolidando, através de inúmeras reformas feitas com o intuito de aumentar a cobertura previdenciária e os benefícios concedidos aos seus segurados, até alcançar a sua plenitude em 1988, com a universalização da cobertura e a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e

⁴⁸ Fonte: IBGE – Indicadores Sociais 2006 – com base na PNAD 2005.

rurais pôs fim ao subsistema da previdência social rural vigente que colocava os trabalhadores rurais em situação desvantajosa.

A implantação do sistema de Seguridade Social – o RGPS - Regime Geral de Previdência Social em 1991, a SUS – Sistema único de Saúde em 1990 e a LOAS – Lei orgânica de Assistência Social em 1993 foi efetivado no momento em que o Brasil inicia um processo de reestruturação econômica, política e social visando adequar o País aos padrões internacionais de mercado globalizado. Com a implantação da política neoliberal brasileira, a previdência social, a exemplo do que vinha ocorrendo na Europa com o *Welfare State*, tornou-se o alvo das pressões políticas internas: de um lado, às empresas exigindo do Governo mudanças nas legislações previdenciárias e trabalhistas para reduzir o “custo Brasil” e melhorar a competitividade dos produtos no mercado globalizado; do outro os trabalhadores, os aposentados e os pensionistas lutando pela manutenção das garantias sociais duramente conquistadas, e no âmbito externo o FMI, o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comercio exigindo políticas de ajuste macro-econômico para o combate a inflação, controle das contas públicas e do câmbio.

O desequilíbrio financeiro do sistema de Seguridade Social é apresentado à sociedade pelo governo, pelos veículos de comunicação em massa e pelos críticos, como “o déficit da Previdência Social”, e, os números utilizados para apresentá-lo, incluem as receitas e as despesas de todo o sistema de Seguridade Social, adicionados às receitas e despesas dos regimes próprios de previdência dos servidores públicos das três esferas de governos, estes sabidamente deficitários posto que foram criados fora dos parâmetros atuariais. Esse enfoque tem como meta distorcer os dados para facilitar a aprovação das propostas de reformas que, em sua maioria, subtrai os direitos dos trabalhadores, promovem a precarização do sistema e abre espaço para atuação da Previdência Complementar privada, administrada por instituições financeiras internacionais, a exemplo do que ocorre na área da Saúde.

Apesar das reformas já efetivadas em 1998 e 2003 o governo Lula criou o Fórum Nacional de Previdência Social, formado por representantes do governo, dos trabalhadores e dos empresários, para discutir os problemas da previdência e elaborar novas propostas de reforma, e os critérios diferenciados de exigibilidades para a concessão de benefícios - idade mínima, aumento do período contributivo, fim da aposentadoria rural, fim do regime especial para professores, redução do valor dos futuros benefícios assistenciais, dentre outros, podem ser o alvo básico das alterações, pois são considerados pelos técnicos como “privilégios”.

No Fórum as centrais sindicais e principalmente a COBAP – Confederação Brasileira de Aposentados, Pensionistas e Idosos, vêm apresentando forte resistência às teses reformistas e

apontando novas saídas para equilibrar financeiramente o Regime Geral de Previdência Social sugerindo que o País faça um pacto social, através de políticas voltadas à construção de um crescimento econômico sustentável, capaz de gerar empregos formais e redução da informalidade. Cabe a sociedade se unir para defender a previdência social que, nos seus 84 anos de existência, tem contribuído significativamente para a redução das desigualdades sociais.

Referências:

- ANFIP, *Análise da Seguridade Social em 2006*. Brasília: ANFIP, 2007. Disponível no site: www.anfip.org.br
- ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do trabalho: Ensaio sobre a Afirmação e a Negação do Trabalho*. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.
- BEYNON, Huw. “A Destruição da Classe Operaria Inglesa?”, In RBCS. São Paulo, nº.2.
- BRASIL, Ministério da Previdência. *Panorama da Previdência Social Brasileira*. Brasília: 2004. Disponível no site: www.mps.gov.br.
- _____, *Constituição Federal, Emendas Constitucionais, Leis e Decretos*. Disponível no site: <http://www.presidencia.gov.br>.
- CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- COHN, Gabriel. *Crítica e Resignação. Max e a Teoria Social*. 2 ed. Martins Fontes: São Paulo, 2003.
- COSTA, Cristina. *Sociologia Introdução à Ciência da Sociedade*. São Paulo: Moderna, 1997.
- DELGADO, Guilherme. CARDOSO, Jose Celso. *A Universalização dos Direitos Sociais no Brasil: a previdência social rural nos anos 90*. Brasília: IPEA, 2000.
- DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (dê) fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999.
- FERNANDEZ, Mario César Martins. *Previdência Social: Instrumento de Estabilidade Social*. In Coletânea de Estudos sobre Seguridade Social. Brasília: Fundação ANFIP, 2005.
- GIDDENS, Anthony. *Política, Sociologia e Teoria Social*. São Paulo: Unesp, 1998.
- GRINT, Keith. *Sociologia do Trabalho*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1993.
- LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia Geral*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- LEITE, Celso Barros. *Da Lei Elói Chaves ao SINPAS. In Um Século de Previdência Social: Balanço e Perspectivas no Brasil e no Mundo*. Org. Celso Barros Leite. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.
- _____, *A Proteção Social no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: LTR, 1986.
- LIPIETZ, Alain. *Audácia: Uma Alternativa para o Século 21*. São Paulo: Nobel, 1991.
- MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *O Manifesto do Partido Comunista*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MORAES, Evaristo Filho. *Seguridade Social e Sociologia. In Um Século de Previdência Social: Balanço e Perspectivas no Brasil e no Mundo*. Org. Celso Barros Leite. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.
- PIERRE, Rosanvallon. *A Crise do Estado Providencia*. Tradução de Joel Pimentel de Uihôa. Goiânia: Editora da Universidade Federal de Goiânia, 1997.
- POCHMANN, Marcio. *O Emprego na Globalização*. São Paulo: Boitempo, 2001.

PRZEWORRSKI, Adam. *Capitalismo e Social Democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

SINGER, Paul. *A Formação da Classe Operária*. 5 ed. Campinas: Editora da Universidade Federal de Campinas, 1988.

_____, *Globalização e Desemprego: diagnóstico e alternativas*. 2 ed. São Paulo: Contexto, 1998.

TAFNER, Paulo. *Seguridade e Previdência: Conceitos Fundamentais*. In *Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas*. TAFNER, Paulo e GIAMBIAGI, Fábio (org.). Rio de Janeiro: IPEA, 2007.

Raissa De Sena Xavier Vasconcelos Batista*

Resumo: A análise da natureza jurídica, conteúdo e eficácia da decisão judicial no mandado de injunção, sob o enfoque do processo constitucional, tem sido objeto de profundas divergências doutrinárias e jurisprudenciais. O presente estudo visa a propiciar um exame objetivo do processo constitucional e do instituto do mandado de injunção, para que, ao final, sejam delimitadas as principais dissensões quanto à sua decisão judicial. O tema permite que por meio das correntes existentes, seja feito um lineamento acerca da tutela jurisdicional prestada pelo Estado. A partir do posicionamento do STF quanto à eficácia jurídica da sentença do mandado de injunção, traçamos críticas à corrente predominantemente adotada, sustentando um remédio constitucional mais concreto, objetivo e efetivo.

Palavras chaves: mandado de injunção. Processo constitucional. Eficácia jurídica.

Introdução

O presente trabalho se destina a uma análise doutrinária e jurisprudencial do instituto do mandado de injunção, partindo-se de uma exposição sucinta do processo constitucional.

Após o estudo das linhas gerais informadoras da ação injuncional, abarcando a sua estrutura, há um aprofundamento acerca das posições sobre a natureza jurídica da decisão

* Mestranda em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Especialista em Direito Processual Civil pelo UNIFE.

judicial proferida em sede deste instrumento mandamental, comparando as várias decisões existentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Apenas partindo da função prevista no texto constitucional poder-se-ia traçar críticas sobre as diversas teorias, acatando uma delas a partir de um quadro comparativo com o próprio propósito constitucional.

O processo constitucional

A doutrina e a jurisprudência têm atribuído aos institutos processuais relevante importância como forma de garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais consubstanciados nos textos constitucionais democráticos. Nesse sentido preconiza José Alfredo de Oliveira Baracho que: “As garantias constitucionais do processo alcançam todos os seus participantes. O processo como garantia constitucional consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípio de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que estes se consolidam pelas garantias que os tornam efetivos e exeqüíveis”.⁴⁹

O mesmo autor afirma ainda que: “O processo Constitucional tem por objeto essencial a análise das garantias constitucionais, como são vistas atualmente, isto é, como instrumentos predominantemente processuais, dirigidos à reintegração da ordem constitucional, quando ocorre o seu desconhecimento ou violação pelos órgãos do poder”.⁵⁰

Com base nesses pressupostos, podemos diagnosticar que a compreensão do processo está ligada a algumas das garantias fundamentais estabelecidas em nossa Constituição Federal.

Em outras palavras, o processo, em todo seu âmbito de atuação, deve ser reinterpretado à luz dos princípios elencados na Carta Constitucional de 1988, a qual pressupõe a compreensão da idéia de cidadania em um ambiente de reconhecimento dos direitos fundamentais, fontes inegáveis de inclusão e integração social.

⁴⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. In: *Revista de Direito Comparado da UFMG*, Belo Horizonte, v.4, p. 50, 2000a.

⁵⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As Especificidades e os Desafios Democráticos do Processo Constitucional. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio, SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (Coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 326 p.

Com efeito, o Processo Constitucional tem como escopo primordial e central a defesa e garantia de todos os princípios dispostos em nosso texto fundamental, sempre dentro de um parâmetro concebido pelo Estado Democrático de Direito, mas atribuindo um relevo maior e significativo à proteção daqueles princípios diretamente relacionados aos indivíduos, buscando evitar que atos e decisões ilegítimas das autoridades e entidades estatais possam ficar sem a devida resposta.

Daí, a necessidade premente de que a sociedade civil possua meios e instrumentos processuais de ação e defesa efetiva, como por exemplo, o instituto do mandado de injunção.

Como bem ensina e lembra o Professor Aroldo Plínio Gonçalves, “a primeira proteção que o ordenamento jurídico necessita oferecer aos jurisdicionados é a proteção de seu direito de, quando destinatário dos efeitos da sentença, participar dos atos que a preparam, concorrendo para a sua formação, em igualdade de oportunidades”.⁵¹

Além disso, somente quando os procedimentos determinantes das decisões jurídicas forem verdadeiramente democráticos, e potencializarem uma participação positiva dos interessados na formação dessas mesmas decisões, é que poderemos assegurar não a existência de um processo *justo* abstratamente, mas de um direito processual, que por estar sedimentado nos princípios constitucionais, busca, incessantemente, realizar a *justiça* concretamente.

O instituto do mandado de injunção

O mandado de injunção consiste em uma das muitas novidades trazidas pela Constituição Federal de 1988, representando uma figura até então desconhecida da sistemática jurídica tradicional.

Constitui o mandado de injunção, no direito brasileiro, em uma ação civil de rito sumário, mediante a qual todo aquele que tem direito subjetivo público, ou privado, pode exigir, em Juízo, o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, tornados inviáveis por ausência de norma regulamentadora. No mesmo diapasão é a posição do STF, enunciada no informativo 142, consoante se depreende:

“Constitui pressuposto do mandado de injunção a existência de um direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício seja inviabilizado pela ausência

⁵¹ Idem, p. 173.

de norma infraconstitucional reguladora (CF, art. 5º, LXXI). Com esse entendimento, o Tribunal negou provimento a agravo regimental contra decisão que negara seguimento a mandado de injunção que se fundava na omissão do STF na atualização de seu Regimento Interno e na edição de Súmulas em geral. Considerou-se, ainda, que é constitucional a atribuição conferida ao relator para arquivar ou negar seguimento a pedido de recurso, desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do colegiado (RISTF, art. 21, § 1º, Lei 8.038/90, art. 38 e CPC, art. 557, na redação da Lei 9.756/98). Precedente citado: MI (AgRg) 375-PR (RTJ 139/53). MI (AgRg) 595-MA, rel. Min. Carlos Velloso, 17.3.99”.

A garantia sob comento muito claramente evidencia os seus dois pressupostos fundamentais: que haja um direito constitucional de quem o invoca, e, em segundo lugar, o impedimento do impetrante está padecendo de poder exercê-lo por falta de norma regulamentadora.⁵²

Desta forma, o direito invocável por meio de mandado de injunção é aquele dependente de intermediação normativa cuja ausência causa prejuízos.⁵³

O objetivo, portanto, desse mandado é a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivas, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania que torne inviável sua fruição por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes.⁵⁴

No mesmo sentido, ao considerar como pressuposto para o mandado de injunção a falta de norma regulamentadora, decisão proferida em grau de apelação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (ap. 189102114, da 6ª C., j. 8.3.90): “A invocação do mandado de injunção pressupõe e só tem cabida quando a inexistência da norma regulamentadora vem a se constituir um obstáculo ou inviabilize o exercício de um direito ou pretensão, causando prejuízo. Se a norma jurídica invocada é auto-aplicável, o que ocorre com o artigo 47 do ‘Ato das disposições constitucionais transitórias’, descabe a utilização do mandado de injunção” (RT 654/181)

Segundo Zeno Veloso não caberá, em princípio, o mandando de injunção se já existir projeto visando a suprir a ausência da regulamentação do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional.⁵⁵

⁵² Já decidiu o STF: “Mandado de Injunção – Improriedade. Se o preceito constitucional é de eficácia imediata, exsurge a carência da impetração” (MI 211/DF, RTJ 157/411).

⁵³ TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 206.

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado... Op. cit.* p. 213.

⁵⁵ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2ª. ed. rev., atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 266.

O objeto do mandado de injunção tem representado o seu aspecto mais polêmico devido às divergências acerca do conteúdo, espécie e extensão da sentença que concede o mandado.

As posições acerca dos efeitos jurídicos da decisão em sede de mandado de injunção podem ser divididas em dois grandes grupos: concretista e não concretista.

Sustenta a posição concretista que uma vez julgado procedente a ação injuncional, declarando o Poder Judiciário a efetiva existência de uma omissão legislativa ou administrativa, deve ser implementado o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa, até que sobrevenha a regulamentação por parte do poder competente. Assim, por meio dessa posição, não se limita o Poder Judiciário a declarar a omissão administrativa ou judiciária, indo além, suprimindo essa falha e possibilitando o exercício do direito, da liberdade ou prerrogativa até que a matéria venha a ser efetivamente regulamentada pelo órgão competente.

Essa primeira corrente subdivide-se ainda em duas espécies consoante a abrangência dos seus efeitos, surgindo, assim, a teoria concretista geral e a teoria concretista individual.

Os adeptos da teoria concretista geral atribuem à decisão do Poder Judiciário os efeitos *erga omnes*, “implementando o exercício da norma constitucional por meio de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente”.⁵⁶ Essa posição não encontra grande aceitação na doutrina, pois consistiria, como bem salienta o Ministro Moreira Alves, uma intromissão no Poder Legislativo, o que seria completamente incompatível com o sistema de separação de poderes.

Essa posição é defendida pelo professor Vicente Greco Filho que assim se manifesta: “A solução adequada, portanto, parece a primeira, admitida a alternativa de, antes, ser dada a oportunidade para que o poder competente elabore a norma. Se este não o fizer o Judiciário a fará para que possa ser exercido o direito constitucional”.⁵⁷ No mesmo sentido: OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes. O mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, 1988, nº 100, p. 57.

Por seu turno, a teoria concretista individual sustenta que a decisão do Poder Judiciário apenas produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, possibilitando a este o pleno exercício do direito, liberdade ou prerrogativa, pois como bem salienta Canotilho: “o mandado de injunção não tem por objecto uma pretensão a uma emanção a cargo do juiz, de

⁵⁶ MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 420.

⁵⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 184.

uma regulação legal complementadora com eficácia 'erga omnes'. O mandado de injunção apenas viabiliza, num caso concreto, o exercício de um direito ou liberdade constitucional perturbado pela falta parcial de lei regulamentadora. Se a sentença judicial pretendesse ser uma norma com valor de lei ela seria nula (inexistente) por usurpação de poderes".⁵⁸

A teoria concretista individual apresenta no Supremo Tribunal Federal duas outras subdivisões, surgindo assim, a teoria concretista individual direta e a teoria concretista individual intermediária.

Pela posição concretista individual direta, baseada no entendimento dos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, a decisão favorável em sede de mandado de injunção implementa a eficácia da norma constitucional ao autor. Para esses Ministros a Constituição criou mecanismos distintos voltados a controlar as omissões constitucionais, que são a inconstitucionalidade por omissão, inscrita no art. 103 da CF, e o mandado de injunção, estabelecido pelo inc. LXXXI, art. 5º, da mesma Carta.⁵⁹

O Ministro Marco Aurélio defende que o mandado de injunção possui, no que diz respeito ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, ou seja, a impetrante.

Em sede doutrinária, vários são os autores que defendem essa teoria, dentre eles: Michel Temer, Roque Carraza, José Afonso da Silva, Moacyr Amaral dos Santos, Luiz Flávio Gomes e José da Silva Pacheco.

A posição adotada pelo Ministro Néri da Silveira é a concretista individual intermediária que sustenta que após o julgado procedente o provimento injuncional, é fixado ao Congresso Nacional prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora. Exaurindo-se esse lapso temporal, e mantendo-se inerte o Poder Judiciário, é que poderá o Judiciário fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor.⁶⁰

Como bem salienta o professor Alexandre de Moraes parece inexistir incompatibilidade entre a adoção da teoria concretista individual intermediária e o princípio da separação de poderes expressamente previsto no art. 2º da Constituição Federal.

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord. Sálvio Figueiredo Teixeira). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

⁵⁹ STF – Mandado de Injunção nº 3221-1 – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 jul. 1994, p. 26.164; STF – Mandado de Injunção nº 431-5, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 set. 1994, p. 25.325.

⁶⁰ STF – Mandado de Injunção nº 335-1, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 out. 1994, p. 27.807; STF – Mandado de Injunção nº 431-5, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 23 set. 1994, p. 25.325.

Com efeito, ao adotar a teoria tri-partide de separação de Poderes, afirmando que o Legislativo, Executivo e Judiciário são Poderes da República, independentes e harmônicos, embasou-se na doutrina constitucional americana do *check and balances*, pois ao mesmo tempo que previu diversas e diferentes funções estatais para cada um dos Poderes, garantindo-lhes prerrogativas para o bom exercício delas, estabeleceu um sistema complexo de freios e contrapesos para harmonizá-los em prol da sociedade.

Dessa forma, plenamente conciliável o art. 5º, LXXI (conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania). Por essas razões e pelos argumentos apresentados pelo Ministro Néri da Silveira, no seu pronunciamento na 7ª sessão extraordinária do STF, filio-me a essa posição.

A teoria não concretista, adotada pela jurisprudência dominante no STF (Ministros Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Octávio Gallotti, Sydney Sanches, Maurício Corrêa e Nelson Jobim), atribui ao mandado de injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, “em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do *writ* como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política”.⁶¹

Nesse sentido afirma o Ministro Moreira Alves “(...) em face dos textos da Constituição Federal, relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, a ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ele dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º, da Carta Magna), com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos referida no final do item anterior desse voto” (cf. RTJ 133/39).

Do mesmo modo defendeu em seu voto o Ministro Celso de Mello, ao afirmar que “é preciso assinalar, no entanto, que o mandado de injunção não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe

⁶¹ RTJ 133/11

são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estaduais inadimplentes. Não legitima, por isso mesmo, a veiculação de provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita a competência, não exercida, dos órgãos públicos. O Supremo Tribunal Federal não se substitui ao legislador ou administrador que se hajam absterido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder” (cf. RTJ 133/43).

Por meio desta corrente a extensão da sentença que concede o mandado de injunção limitar-se-á a dar ciência ao Poder competente para que edite a norma faltante. Essa corrente torna os efeitos do mandando de injunção idênticos ao da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Na doutrina, essa teoria é sustentada, dentre outros, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Hely Lopes Meirelles, Paulo Lúcio Nogueira e Celso Ribeiro de Bastos.

Pela corrente não concretista, o Judiciário não legislará, nem substituirá o legislador competente, ele apenas declarará o direito, vez que “o mandado de injunção não autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado, mas, no pedido para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra” (RT 671/216).

Conclusão

O procedimento do mandado de injunção, bem como o objeto, extensão e eficácia de sua sentença vêm sendo motivo de profunda divergência doutrinária e jurisprudencial. Ao adotar a teoria não – concretista, circunscrevendo os efeitos da decisão judicial à simples declaração da mora Legislativa, equiparou o STF, este instituto ao da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, esvaziando, assim, o propósito constitucional.

Entendemos que o mandado de injunção deveria ser visto como um remédio constitucional mais concreto, objetivo e efetivo. Para melhor conciliar o instituto do mandado de injunção aos propósitos constitucionais, julgamos que o mesmo deveria ensejar a regulamentação concreta do dispositivo constitucional, que possuiria validade até o advento da legislação regulamentadora, sem que isso ferisse o princípio da separação de poderes (art. 2º, Constituição Federal).

As Constituições contemporâneas vem se distanciando da concepção inicial de instrumentos de feição negativa, galgando um patamar de realização de prestações positivas e é nesse particular que deve ser entendido o mandado de injunção, ou seja, como um instrumento capaz de atender a necessidade de efetivação dos direitos assegurados pela Constituição.

Constituindo-se em um instituto cujo objetivo seja antecipar a regulamentação de determinadas diretrizes esparsamente consagradas pela norma constitucional, solicitada judicialmente por necessidade concreta, coadunar-se-ia o Mandado de Injunção à nova visão instrumentalista do direito processual moderno, atendendo-se, ainda, à função tradicional da sentença que é o de resolver o caso concreto levado à apreciação do Judiciário, limitando-se, porém a sua eficácia apenas a este caso, sem se pretender usurpar funções próprias de outros poderes.

REFERÊNCIAS:

- ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 6^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As Especificidades e os Desafios Democráticos do Processo Constitucional. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio, SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (Coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Devido Processo Legal. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (Nova Fase), Belo Horizonte, ns^o. 23,24,25.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. In: *Revista de Direito Comparado da UFMG*, Belo Horizonte, v.4, 2000a.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. 2., 3^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord. Sálvio Figueiredo Teixeira). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido R., GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 14^a. ed., São Paulo: Malheiros.
- FERREIRA, FILHO. Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*. 30^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 20^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9^a ed. São Paulo: Atlas S.A., 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Mandado de injunção*. RP 56, 1989.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípio do processo civil na Constituição Federal*. 7^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data*. São Paulo: Forense, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4^a. ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3^a. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2^a. ed. rev., atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Os trabalhos submetidos devem ser enviados por email, digitados em espaço 1.5, tipo 12, letra Arial, alinhamento justificado, em programa Microsoft Office Word 97-2003 (inclusive recente), conforme normas da ABNT e em duas vias impressas. Uma das duas vias impressas deve vir sem informação que identifique a autoria. As versões impressas não serão devolvidas ao autor, que manterá seu texto em arquivo para as eventuais modificações sugeridas pelos pareceristas. Em folha à parte devem vir o título, endereço completo, filiação a instituições de ensino ou pesquisa, cargo, titulação, telefone, fax e e-mail do autor.

As "Notas" devem ser digitadas ao fim de cada página, numeradas a partir de 1. Se houver nota referente ao título, esta recebe asterisco e não numeração. As notas não devem ser utilizadas para referência bibliográfica. Citações com menos de quatro linhas devem ser destacadas com aspas. Citações com quatro linhas ou mais devem ter recuo de 4cm, fonte 11 e espaço simples. As referências devem ser feitas no corpo do trabalho segundo o exemplo: ...como diz Preti (1991: 43)...; referências após citação: (Preti 1991:43); no caso de paráfrase (cf.: Preti 1991:43). Nunca usar idem, ou idem, ibidem. Para ênfase usar itálico e não sublinhar.

"Tabelas", "gráficos", "desenhos", "quadros" e "árvores" devem ser encaminhados, também separadamente, em versão impressa, pronta para ser fotografada, em laser/ink jet ou tinta nanquim. Devem ser numerados e ter título. Apenas as iniciais do título deve estar em maiúsculas.

Referências: digitar a expressão REFERÊNCIAS. Os autores devem estar em ordem alfabética, sem numeração das entradas e sem espaço entre as referências. O principal sobrenome de cada autor é seguido de vírgula e do nome e sobrenomes. O nome de outros autores, quando houver, ou dos organizadores da obra de onde for retirado o artigo, precedem o sobrenome. Os títulos de livro, coletânea ou revista devem vir em itálico. Na segunda entrada de um mesmo autor, seu nome é substituído por um traço de 5 toques. A data identificadora da obra deve vir entre pontos, após o nome do autor (outras datas relevantes no final da entrada). Mais de uma obra de um autor no mesmo ano, devem ser identificadas por letras a, b, c, etc. após a data.

Tamanho do artigo: 12 a 15 páginas.

Endereço:

Av. Flávio Ribeiro Coutinho, 805, 3º
Piso; Manaíra Shopping;

Bairro: Manaíra;

Cidade: João Pessoa – PB

CEP: 58037-000

Fone: (0xx83) 2106 6175

E-mail para envio de artigos:

revistadafesp@gmail.com

Com cópia para: (Cc)

Lucrecio.sa@hotmail.com



fesp
Faculdades

Venha fazer parte desta equipe.

**Av. Flávio Ribeiro Coutinho, 805, 3º Piso Manaíra Shopping
Manaíra - João Pessoa - PB - CEP: 58.037-000
Tel. 83 2106 6175**