

**REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO
ESTADO DO MARANHÃO**

JURIS ITINERA

Luiz Gonzaga Martins Coelho
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Francisco das Chagas Barros de Sousa
SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS
Mariléa Campos dos Santos Costa
SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS
Suamy Vivekananda Meireles
CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Teodoro Peres Neto
SUBCORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Rita de Cassia Maia Baptista Moreira
OUVIDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Ana Teresa Silva de Freitas
DIRETORA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TITULARES (2015/2017)

<i>Luiz Gonzaga Martins Coelho</i> PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA	<i>Joaquim Henrique de Carvalho Lobato</i> CONSELHEIRO
<i>Suamy Vivekananda Meireles</i> CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO	<i>Sandra Lúcia Mendes Alves Elouf</i> CONSELHEIRA
<i>Domingas de Jesus Fróz Gomes</i> CONSELHEIRA	<i>Carlos Jorge Avelar Silva</i> CONSELHEIRO
<i>Francisco das Chagas Barros de Sousa</i> CONSELHEIRO	

SUPLENTE

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

José Antonio Oliveira Bents	Regina Maria da Costa Leite
Regina Lúcia de Almeida Rocha	Flávia Tereza de Viveiros Vieira
Maria dos Remédios Figueiredo Serra	Paulo Roberto Saldanha Ribeiro
Eduardo Jorge Hiluy Nicolau	Teodoro Peres Neto
Iracly Martins Figueiredo Aguiar	Rita de Cassia Maia Baptista Moreira
Ana Lúcia de Mello e Silva Moraes	Marco Antonio Anchieta Guerreiro
Lígia Maria da Silva Cavalcanti	Maria de Fátima R. Travassos Cordeiro
Suamy Vivekananda Meireles	Sâmara Ascar Sauaia
Krishnamurti Lopes Mendes França	Themis Maria Pacheco de Carvalho
Raimundo Nonato de Carvalho Filho	Maria Luíza Ribeiro Martins Cutrim
Selene Coelho de Lacerda	Mariléa Campos dos Santos Costa
José Henrique Marques Moreira	Joaquim Henrique de Carvalho Lobato
Domingas de Jesus Fróz Gomes	Sandra Lúcia Mendes Alves Elouf
Francisco das Chagas Barros de Sousa	Eduardo Daniel Pereira Filho
Clodenilza Ribeiro Ferreira	Carlos Jorge Avelar Silva
Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim	

ISSN 1677-1060

ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

**REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO
ESTADO DO MARANHÃO**

JURIS ITINERA

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 23, jan./dez. 2016

CONSELHO EDITORIAL

<i>José Antonio Oliveira Bents</i> PROCURADOR DE JUSTIÇA	<i>Francisco de Aquino da Silva</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA
<i>Lena Cláudia Ripardo Pauxis</i> PROMOTORA DE JUSTIÇA	<i>Justino da Silva Guimarães</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA
<i>Jerusa Capistrano Pinto Bandeira</i> PROMOTORA DE JUSTIÇA	<i>Vicente de Paulo Silva Martins</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA
<i>Sandra Soares de Pontes</i> PROMOTORA DE JUSTIÇA	<i>Reginaldo Júnior Carvalho</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA

Editoração e Normalização

Maria dos Remédios R. dos Santos - Coordenadora de Documentação e Biblioteca
Rômollo de Sá Malta - Chefe de Seção de Editoração e Publicação
Conceição de Maria Lima Guedes - Analista Ministerial
Rosicléa Pereira Rodrigues - Analista Ministerial

Colaboração

Natália Moreira Lima Salgado Tupinambá - Assessora de Procurador de Justiça
Ercina Maria Assis Paixão - Assessora de Procurador de Justiça
Abimael Freitas Lopes - Chefe da Seção de Pesquisa Jurídica
Rogério Alex Pereira Abreu - Técnico Ministerial
Marco Antonio Pinto Amorim - Auxiliar Ministerial

Revisão

José Mário Cutrim Ewerton
Ilza Galvão Cutrim

Capa

Maria Ribamar Aguiar Costa

Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão

Sede
Av. Prof. Carlos Cunha, nº 3261, Calhau.
São Luís-MA. CEP: 65076-820.
Telefone: (98) 3219-1600 (98) 3231-2890.
Homepage: <http://www.mpma.mp.br>

Anexo
Rua Osvaldo Cruz, 1396 - Centro.
São Luís-MA. CEP: 65020-910
Fone: (98) 3219-1804
Homepage: <http://www.mpma.mp.br>

As ideias e opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de responsabilidade dos respectivos autores.

Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão:
Juris Itinera/ Procuradoria Geral de Justiça. v. 1, n. 1,
(jan./dez.1991-) - São Luís: PGJ, 2016.
n. 23

Anual
1. Direito - Periódicos. I. Ministério Público do Estado do
Maranhão.

CDU 340 (05)
ISSN 1677-1060

Solicita-se permuta

We ask for exchange

On demande l'échange

APRESENTAÇÃO

O Ministério Público do Estado do Maranhão tem a satisfação de apresentar a 23ª Edição da Revista Juris Itinera, obra concebida para difundir a produção textual de membros e servidores da Instituição, bem como da comunidade jurídica e acadêmica de modo geral.

Há vários anos, a Revista vem sendo um importante canal de transmissão de conhecimento, oportunizando o contato com teses inovadoras e de grande repercussão na doutrina e na jurisprudência em nosso país.

Contando com a participação de reconhecidos profissionais da área jurídica, a nova obra traz reflexões sobre matérias de direito constitucional, direito processual civil e de direito do consumidor, numa perspectiva atual, permitindo ao leitor navegar por temas relevantes, abordados de maneira clara e objetiva.

Esta Edição, portanto, para gáudio institucional, mais uma vez, reúne artigos científicos jurídicos criteriosamente selecionados pela abrangência e aprofundamento temáticos.

Registro, pois, aos que contribuíram para o lançamento desta novel Edição, os meus sinceros agradecimentos.

LUIZ GONZAGA MARTINS COELHO

Procurador-Geral de Justiça



SUMÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL

O MANDADO DE INJUNÇÃO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

<i>Cássius Guimarães Chai</i>	
<i>Denisson Gonçalves Chaves</i>	
<i>Danielly Thays Campos</i>	
<i>Nichole Karoliny Barros da Silva</i>	
<i>Lisandra Nazaré Roma Assunção Leite</i>	
<i>Vinícius Maranhão Coelho Borges</i>	
<i>Mayumi Pacheco Hamaoka</i>	
<i>Victor Eduardo de Araújo Franca</i>	11

A MITIGAÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA NA ATUAÇÃO RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

<i>Thiago Allisson Cardoso de Jesus</i>	
<i>Pedro Augusto G. de O. Bragança</i>	29

O TRANSCONSTITUCIONALISMO NA SUPREMA CORTE BRASILEIRA E A BUSCA PELA GARANTIA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

<i>Felipe Thiago Sousa de Lima</i>	51
--	----

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN E O MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

<i>Samara Viana Corrêa</i>	73
----------------------------------	----

DIREITO DO CONSUMIDOR

AS NECESSIDADES HUMANAS NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Antonio Augusto Alvarenga Zucateli 99

A PUBLICIDADE E OS ASPECTOS COMPORTAMENTAIS DO CONSUMO

Rebeca Christine Geressait Reis 111

DISCURSOS INSTITUCIONAIS

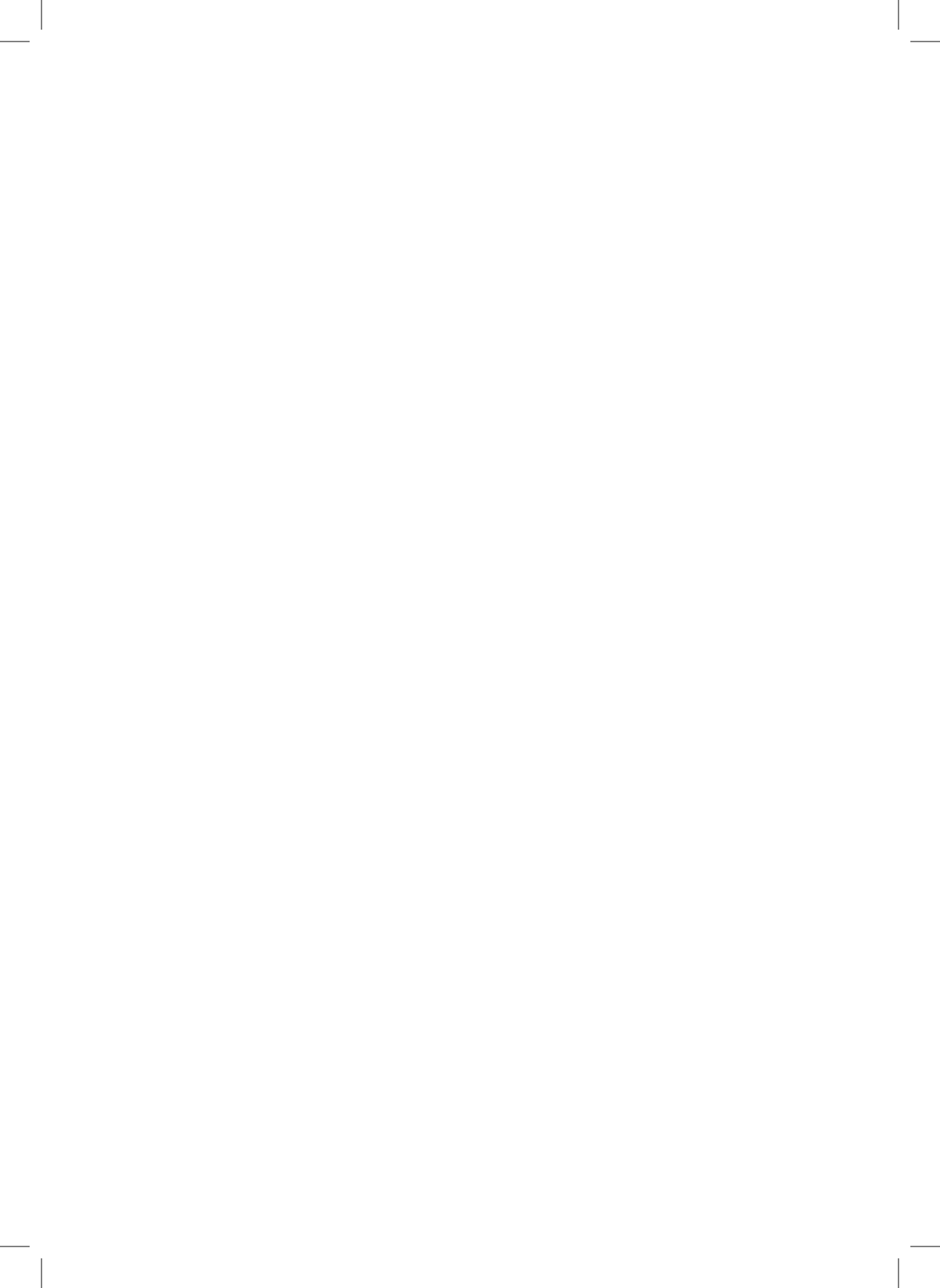
DISCURSO DE POSSE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Luiz Gonzaga Martins Coelho 127

DISCURSO DE ABERTURA DO VI CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

Luiz Gonzaga Martins Coelho 131

**DIREITO
CONSTITUCIONAL**



O MANDADO DE INJUNÇÃO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS¹

*Cássius Guimarães Chai**

*Denisson Gonçalves Chaves***

*Danielly Thays Campos e Nichole Karoliny Barros da Silva****

*Lisandra Nazaré Roma Assunção Leite e Vinícius Maranhão Coelho Borges*****

*Mayumi Pacheco Hamaoka e Victor Eduardo de Araújo Franca******

Resumo: Trata-se de ensaio sobre a relação de aplicabilidade dos tratados internacionais, considerado o vazio normativo interno formal, por meio do mandado de injunção mediante uma abordagem hermenêutica quanto ao alcance e à abertura semântica do art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988 tocante à universalidade dos direitos humanos e sua densificação normativa nos discursos de aplicação (reconhecimento) do direito.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito Internacional. Mandado de Injunção.

Abstract: This essay approaches the administration of the writ of injunction as a valid venue to apply and enforce by means of international law, considered the internal lack of governing law, somehow perceived human rights as fundamental rights under Brazilian Constitutional provisions of the Federal Constitution entered into act in 1988, as long as it is taken into consideration the deontological semantic overture structured on its art. 5th, §2nd.

¹ Trabalho apresentado em conclusão à Disciplina Direito Internacional, UFMA, sob orientação do Professor Doutor Cássius Guimarães Chai.

* Mestre e Doutor em Direito Constitucional. Membro da Sociedade Europeia de Direito Internacional. Professor Adjunto, UFMA – graduação e Mestrado em Direito e Sistemas de Justiça. Visiting Scholar Normal University of Shanghai China. Coordenador Acadêmico Internacional do Global Mediation Rio. E-mail: chai@ufma.br

** Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito e Sistemas de Justiça – PPGDIR/UFMA, Assessor Jurídico junto ao Ministério Público do Estado do Maranhão. Co-orientador deste trabalho.

*** Graduadas em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

**** Graduandos em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

***** Graduandos em Ciências da Administração pela Universidade Federal do Maranhão.

Keywords: Human Rights. International Law. Writ of Injunction.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXI, traz à tona a Ação Constitucional voltada a assegurar a efetivação de um direito garantido constitucionalmente, mas que pela ausência de norma regulamentadora, há uma inviabilização ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A esse remédio constitucional dá-se o nome de Mandado de Injunção.

Alexandrino e Paulo (2008, p. 200) o definem como sendo um “remédio constitucional colocado à disposição de qualquer pessoa que se sinta prejudicada pela falta de norma regulamentadora, sem a qual resulte inviabilizado o exercício dos direitos, liberdades e garantias constitucionais”.

Tem como pressupostos de impetração a indicação de um direito ou de uma liberdade constitucional, ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade e a inexistência de uma norma que regulamente tais direitos, liberdades ou prerrogativas, garantindo-as. Menciona-se ainda a necessidade de uma causa-efeito, em que a causa é a inexistência de uma norma regulamentadora, e que ocasiona uma grave consequência, a inviabilidade de se exercer aquilo que é constitucionalmente garantido ao cidadão.

O Mandado de Injunção poderá ser proposto por aquele que é destinatário de um direito previsto constitucionalmente relacionado à nacionalidade, soberania ou cidadania, mas que, todavia, encontra-se impossibilitado de usufruí-los. Importa mencionar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MI 537 SC, não admitiu Mandado de Injunção proposto pelo município de Brusque-SC, que visava à compensação financeira entre os sistemas da previdência social. Nesse julgamento, a Suprema Corte firmou o entendimento que:

[...] somente tem legitimidade ativa para a ação o titular do direito ou liberdade constitucional ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional regulamentadora.⁶ A omissão legislativa que justifica a

impetração do writ é aquela que por sua própria natureza diz respeito às situações definidas em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Tratando-se de pessoa jurídica de direito público, não tem o impetrante legitimidade ativa para a propositura do *mandamus* [...] Por essa razão, o interesse jurídico do Município na lei sobre a compensação entre os sistemas de previdência não consubstancia direito fundamental a ser tutelado pelo mandado de injunção, via processual inadequada para efetivar as prerrogativas da municipalidade. Diante de tais circunstâncias, com fundamento no § 1º do artigo 21 do RISTF, nego seguimento ao writ².

Quanto à competência, esta vem sendo regulamentada pelo STF, que no polo passivo, se deve à autoridade ou órgão que tem o dever de regulamentar a norma constitucional em ausência.

2 WRIT OF INJUNCTION: ORIGENS

Existem doutrinas que buscam explicar a origem do mandado de injunção. Dentre elas, há a corrente que o concebe como um instrumento constitucional, inspirado no direito inglês e no norte-americano, tendo nascido do júízo da equidade. Há ainda aquela que afirma que é originada no direito brasileiro e outra que afirma que teve origem no direito português.

Parte da doutrina se baseia na corrente que afirma que o Mandado de Injunção remonta aos direitos ingleses e norte-americanos. Leva-se em consideração a situação em que se promulgou a CF de 88, com o país saindo do cenário ditatorial militar, e buscando garantir as liberdades individuais, o que constrói a crença razoável de que o Brasil buscou exemplos de países onde tais direitos eram garantidos e protegidos, como nos Estados Unidos.

² STF - MI: 537 SC, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 30/08/2001, Data de Publicação: DJ 11/09/2001 P - 00033.

3 POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A primeira decisão do STF, no que concerne à omissão legislativa, o Mandado de Injunção nº 107 apresentou uma posição *não concretista*. Os argumentos utilizados para tal postura foram os de que a lei posterior não prejudicará a coisa julgada, a tripartição dos poderes da União e que a edição da norma, pelo órgão julgador, no caso concreto, resultaria na criação de obrigação contra terceiro, e estas só podem ser criadas por lei.

Em 1991, no Mandado de Injunção nº 283³, cujo teor consistia na ausência de regulamentação legal a respeito de reparação econômica de servidor da Aeronáutica impedido de exercer atividade específica na vida civil, alguns pontos foram inovadores e merecem destaque, quais sejam: a estipulação de prazo para a edição, e no caso de não cumprimento do mesmo foi prevista a possibilidade de “reconhecer ao impetrante a possibilidade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional [...] pelas perdas e danos [...]”. Além disso, o mandado explicitou que a superveniência da lei não prejudicará a coisa julgada. Percebe-se uma posição mais concretista em comparação com o Mandado de Injunção nº 107.

O Mandado de Injunção nº 284⁴, ano de 1992, cujo objeto foi o mesmo do Mandado 283, reiterou o dever legislativo, sem, no entanto, conceder prazo.

Já em 2002, no Mandado de Injunção nº 585⁵, o entendimento passou a ser nitidamente a posição concretista intermediária. Mais recentemente, no julgamento do Mandado de Injunção nº 670⁶, cujo tema era a greve dos Servidores Públicos (que já fora tema de outros mandados, como por exemplo, os mandados nº 585 e 631), o Ministro Gilmar Mendes se posicionou, em seu voto, de modo favorável a que o Judici-

³ STF - MI: 283 DF, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 20/03/1991, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882

⁴ STF - MI: 284, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 22/11/1992, TRIBUNAL PLENO.

⁵ STF - MI: 585 TO Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 15/05/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 02-08-2002 PP-00059 EMENT VOL-02076-01 PP-00030.

⁶ STF - MI: 670 ES Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001.

ário editasse a norma no caso concreto, pela inércia do Legislativo (17 anos), para que não se configure também omissão pelo Judiciário. Nesse mandado a decisão possuiu um caráter *erga omnes*, o que configurou a adoção de uma posição concretista geral. No Mandado de Injunção nº 708, o mesmo ministro, Gilmar Mendes, se posicionou de forma similar ao mandado 670, no entanto, tal posicionamento não foi unânime na Corte Suprema. Voto vencido também foi constatado no julgamento do Mandado nº 712, ou seja, a decisão do referido mandado também não foi unânime.

Importa salientar, não obstante, que essas mudanças, não encontram unanimidade entre os doutrinadores e a jurisprudência. Vários são os que discordam da “concretização” e do caráter vinculante do mandado de injunção. Tal discussão é fecunda e indispensável, visto tratar-se da eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais.

Quanto a esta eficácia e aplicabilidade, Bonavides (2015)⁷ a classifica em normas, imediatamente preceptivas, de eficácia diferida e programáticas. Essas últimas possuem um potencial para tornarem-se objeto da ação do mandado de injunção, já que pode ser configurado um quadro de omissão do Poder Legislativo frente à necessidade de promulgação de lei para o exercício de direitos e dos efeitos dele decorrentes.

Sobre a natureza jurídica do mandado tem-se mais um ponto de discordância na doutrina e jurisprudência. Duas são as correntes observadas, quais sejam, a constitutiva e a declaratória.

Nesse sentido, da Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXI, depreende-se o seguinte teor:

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.

⁷ Quanto à classificação das normas há que se ressaltar a diversidade de classificações, notadamente no dizer de Pontes de Miranda em *Comentários à Constituição de 1967, I, p. 126* “[...] quando um regra se basta, por si mesma, para sua incidência, diz-se bastante em si, *self-executing, self acting, self enforcing*. Quando, porém, precisam as regras jurídicas de regulamentação, porque, sem a criação de novas regras jurídicas, que as completem ou suplementem, não poderiam incidir e, pois, ser aplicadas, dizem-se não bastante em si [...]”

Percebe-se que o objeto da ação é claro: é possibilitar a efetivação das normas constitucionais; não se presta, pois, a assegurar direitos violados ou corrigir ilegalidades pela atuação administrativa. Assim, os dois requisitos principais para a proposição da ação são: *ausência de norma reguladora e impossibilidade de aplicabilidade e efetivação do direito*. Com relação à garantia da ação, o STF se posicionou, no Mandado de Injunção nº 107, por sua auto aplicabilidade. Além disso, a Lei nº 8.038/90 determinou que sejam observados, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada lei específica regulamentando o mandado de injunção.

4 PERTINÊNCIA DA APLICAÇÃO A TRATADOS INTERNACIONAIS

Não há em que se falar na utilização do Mandado de Injunção segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como destaca os professores Alexandrino e Paulo (2008, p. 204), se esta norma que carece de regulamentação não constar na Constituição, mas sim na legislação infraconstitucional:

Diante da falta de norma regulamentadora de direito previsto em normas infraconstitucionais (mandado de injunção é remédio para reparar falta de norma regulamentadora de direito previsto na Constituição Federal, e não para os casos de falta de norma regulamentadora que estejam obstando o exercício de direito previsto em normas infraconstitucionais, tais como as leis – sejam ordinárias ou complementares –, tratados internacionais ou decretos publicados no exercício do poder regulamentador do Chefe do executivo).

Conforme orienta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ação injuncional é o meio adequado a suprir lacuna de imposição expressa da Constituição. Norma constante em tratados internacionais, por si, não são reveladas colmatáveis através deste remédio constitucional.

Para tal escopo, deve haver previamente a sua expressa disposição no texto constitucional, se não pelo constituinte originário, pelo constituinte derivado, não cabendo, portanto, Mandado de Injunção requerendo a regulamentação de um Direito que foi reconhecido apenas no plano internacional, mas que no ordenamento nacional figura como norma infraconstitucional. Sob o tema, destacam-se as lições do Min. Celso de Melo no julgamento do MI 642⁸:

“EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. INEXISTÊNCIA DE LACUNA TÉCNICA. IMPETRAÇÃO QUE OBJETIVA IMPOR AO MAGISTRADO O DEVER DE REVELAR AS RAZÕES DE FORO ÍNTIMO, EM CASO DE SUSPEIÇÃO (CPC, ART. 135, § ÚNICO). INADMISSIBILIDADE DO WRIT INJUNCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO CONHECIDO.

O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público.

Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional.

⁸ STF - MI: 642 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/08/2001, Data de Publicação: DJ 14/08/2001 P - 00235.

Eventuais lacunas normativas ou imperfeições de conteúdo material, constantes de textos meramente legais ou de normas inscritas em tratados internacionais, não se revelam colmatáveis, nem suscetíveis de correção, por via injuncional, eis que o mandado de injunção somente tem pertinência quando destinado a suprir omissões estatais na regulação de cláusulas exclusivamente fundadas na própria Constituição da República. Precedentes. (...)” (DJ 14/8/2001). (grifo nosso).

Sob esse entendimento, a Suprema Corte vem afastando a possibilidade do uso da Ação Injuncional para suprir eventuais lacunas normativas presentes em normas criadas em tratados internacionais, a exemplo do Mandado de Injunção 4398⁹ de Relatoria do Min. Luiz Fux que pedia o direito à negociação coletiva aos servidores públicos, reconhecido por diversas Convenções da OIT, que, no entanto, teve o seu seguimento negado, exatamente pelo fato de tal direito não se encontrar previsto no texto constitucional.

MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DO DIREITO À NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INEXISTÊNCIA DO DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR. MANDADO DE INJUNÇÃO: NÃO CABIMENTO, CONSOANTE ITERATIVA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPETRAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

[...] Afirma, para tanto, que o direito à negociação coletiva está expressa ou, pelo menos, implicitamente contido na Constituição da República, nos incisos VI e VII do artigo 7º, bem como no direito à sindicalização e à greve, e, ainda, nas ratificações das Convenções da Organização Internacional do Trabalho 151 e 154, mediante o Decreto Legislativo 206, de abril de 2010, que aprova, com ressalvas, os textos da Convenção 151 e da Recomendação 159,

⁹ STF – MI: 4.398, Relator: Min. Luiz Fux.

da Organização Internacional do Trabalho, ambas de 1978, sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública.

Aduz, nessa esteira, que a falta de norma regulamentadora impede o exercício do direito de negociação coletiva para os servidores públicos. [...] Como se infere do art. 5º, LXXI, da CRFB/88, o mandado de injunção tem lugar quando a falta de norma regulamentadora impedir o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Inexistente a previsão do direito na Constituição Federal, tampouco do dever de regulamentação, não há falar em omissão legislativa que possa ser imputada à autoridade impetrada. *Ex positis*, nego seguimento a este mandado de injunção, com fulcro no art. 21, § 1º, do RISTF.

Pelo fato de o Brasil possuir uma Constituição relativamente nova, promulgada apenas em 05 de outubro de 1988, ao elaborá-la, o constituinte originário acabou orientando-se nesse processo pelos diversos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos já existentes para elencar aqueles direitos que a Lei Maior resguardaria como sendo direitos fundamentais do ser humano, reconhecendo em seu texto uma vasta gama de direitos reconhecidos por diversos tratados internacionais, não sob o prisma da recepção formal, mas em seu aspecto material.

Os tratados, convenções e acordos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro são compromissos em plena vigência e cuja observância se impõe, seja por sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional com status de emenda constitucional em processo legislativo próprio, seja pelo simples cumprimento de princípios consagrados pelo Direito, como o *Pacta sunt servanda*, que prevê que contratos assinados de boa-fé obrigam as partes no limite da lei. Desta forma, convenções como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos têm indiscutível força normativa no ordenamento nacional, assim como outros tratados ratificados.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, ao julgar o HC 87.585/TO, reconhece o Pacto de São José da Costa Rica como incorporado ao ordenamento pátrio com status de normal supralegal, portanto legítimo

para restringir a prisão civil por dívida pelo descumprimento involuntário e inescusável de prestação alimentícia.

Entretanto, quando se trata de remédios constitucionais como o mandado de injunção, há divergências quanto à possibilidade de sua aplicação para resolver omissões legislativas que regulamentem direitos garantidos por tratados internacionais. O próprio STF já decidiu que “não há possibilidade de ação injuncional, com finalidade de compelir o Congresso nacional a colmatar omissões legislativas alegadamente existentes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em ordem a viabilizar a instituição de um sistema articulado de recursos judiciais, destinado a dar concreção ao que prescreve o artigo 25 do Pacto de São José da Costa Rica”. O entendimento é de que tal remédio só poderia ser aplicado a lacunas relativas a normas constitucionais, o que não seria o caso do referido pacto (TAVARES, 2002).

Por outro lado, outras decisões do mesmo STF, como a RE 466343/SP¹⁰, relatada pelo ministro César Peluso, afirmam que acordos internacionais aos quais o Brasil aderiu entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a superveniência da EC 45/2004, possuem “caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida pelo efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade”. Nesse sentido, o PIDESC e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos seriam materialmente constitucionais, mesmo não tendo passado pelo processo legislativo definido pela citada emenda, logo, passíveis de tornarem fonte para mandados de injunção.

Um exemplo de mandado de injunção que tem como objeto um direito consignado pelo PIDESC é o MI 670, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, e o MI 712¹¹, relatado pelo ministro Eros Grau, ambos tratando do direito de greve, no caso específico dos funcionários públicos. No Artigo 8º do PIDESC, os Estados Partes comprometem-se a garantir “o direito de greve, exercido em conformidade com as leis de cada país”. Os citados mandados de injunção postulam que, apesar de consignado na Constituição,

¹⁰ STF - RE: 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165

¹¹ STF - MI: 712 PA, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-0038.

o direito de greve não estava totalmente regulamentado por ausência de legislação complementar que aborde determinadas categorias, como a dos funcionários públicos. Vale ressaltar, entretanto, que o direito de greve já era defendido pela Constituição antes da ratificação do Pacto.

Pode-se, à primeira vista, tentar rechaçar a ideia que atribui *status* constitucional aos tratados de direitos humanos ao deparar-se com o § 3º do mencionado artigo, quando determina a condição de aprovação em quórum qualificado para convenções internacionais sobre direitos humanos equivalerem-se a Emendas Constitucionais.

Ocorre que atribuir como condição para que um tratado internacional sobre direitos humanos tenha *status* de norma constitucional a observância do quórum qualificado seria ao mesmo tempo negar aquilo que preleciona o § 2º do art. 5º. Portanto, a doutrina, em uma interpretação sistemática, atribui uma finalidade distinta a cada um dos mencionados parágrafos do art. 5º. Pela coexistência simultânea dos §§ 2º e 3º do art. 5º, atribui-se comumente ao § 2º a função de incluir à Constituição todos aqueles tratados que versem sobre direitos humanos o *status* de norma constitucional compondo o chamado “bloco de constitucionalidade”, ampliando assim os direitos e garantias fundamentais apesar de não estarem expressamente previstos na Constituição.

Por sua vez, o § 3º do art. 5º da Constituição determina que esses tratados referentes a direitos humanos, quando aprovados pelo quórum qualificado, integrarão a Constituição em seu aspecto formal e material, equivalente a Emendas Constitucionais, o que é mais amplo do que o dito “bloco de constitucionalidade” que se refere apenas em seu aspecto material. Nesse sentido leciona Gomes (2007):

O que se deve entender é que o quórum que tal parágrafo [§3º, art. 5º da CF] estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2.º do art. 5.º da Carta de 1988.

Destarte, pode-se afirmar que a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, com a inclusão do § 3º ao art. 5º, o texto constitucional estabeleceu que os tratados de direitos humanos ratificados pelo país que já

possuíam *status* de norma constitucional por força do § 2º, poderão agora integrar formalmente a Constituição pelo procedimento estabelecido no § 3º do art. 5º, podendo com isso inclusive reformar aquilo que na Lei Maior encontrar-se conflitante.

Ao conceder a possibilidade de integração formal ao texto constitucional, a Carta Magna possibilita que eventuais direitos garantidos pelos pactos internacionais sobre direitos humanos em que o Brasil seja parte, aprovados pelo quórum qualificado no Congresso, por ter força de Emenda Constitucional, se ausente norma regulamentadora a ensejar o exercício de tais direitos, o destinatário possa valer-se do Mandado de Injunção para suprir essas lacunas normativas.

No entanto, de todos os tratados internacionais que tratam sobre direitos humanos que o Brasil é parte, apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em março de 2007, passou pelo rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º da Constituição Federal, incorporando-se ao ordenamento jurídico nacional com força de Emenda Constitucional, integrando formalmente o texto constitucional.

Com base no posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal que exige para se dar seguimento à ação injuncional a expressa previsão no texto constitucional, conclui-se que apenas este tratado que versa sobre os direitos as pessoas com deficiência estaria apto a ensejar a impetração do referido remédio constitucional, pois até o momento é o único que figura na ordem jurídica nacional com força de Emenda Constitucional.

5 CONCLUSÃO

O direito de acesso das pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria vem previsto no art. 28 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, mas antes disso já estava previsto na própria Constituição em seu art. 40, § 4º, I desde o ano de 2005.

Inúmeros são os Mandados de Injunção impetrados visando exatamente a regulamentação do mencionado art. 40, § 4º da Constituição, destacando o Mandado de Injunção nº 6.208 – DF, aguardando julgamen-

to. Em seu parecer, a Procuradoria Geral da República manifestou-se no sentido de dar procedência ao pedido de aposentadoria especial ao servidor público com deficiência, fundamentando inclusive o seu parecer com a norma presente no art. 28 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, destacando o seu *status* de Emenda Constitucional.

Diante de todo o exposto, entende-se que o Mandado de Injunção é ação idônea para suprir eventuais lacunas normativas quanto à regulamentação de direitos assegurados constitucionalmente. Quanto à possibilidade da utilização deste remédio constitucional para suprir lacunas na regulamentação de direitos assegurados em tratados internacionais, revela-se como meio adequado em duas hipóteses: (1) desde que tais tratados figurem formalmente na Constituição, no entanto, como o número de tratados internacionais que seguiram o rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º da Lei Maior, ainda é escasso, mostra-se quase inexistente, senão inexistente, decisões que determinam a supressão da mora legislativa em regular algum direito assegurado exclusivamente por tais tratados; e, (2) se o sentido semântico na abertura sintática do art. 5º, §2º plasmado na compreensão conceitual de que há, efetivamente, direitos fundamentais **decorrentes** na dicção textual do constituinte originário, permitindo-se densificar o regime democrático ante a dinâmica das novas tecnologias e dos desafios geopolíticos atuais.

Desta forma, conclui-se que os tratados internacionais não são meras fontes secundárias para o sistema de normas interno, mas devem ser tomados em consideração tanto pelos representantes do legislativo – enquanto vetores de reflexão crítica e de possibilidade de aperfeiçoamento do sistema interno de garantias à proteção de direitos humanos, mas sobretudo do reconhecimento dos direitos humanos; bem como pelos juízes, devem os tratados ser adotados em suas decisões para explicar por que um direito que tem a aparência e a vocação de universal recebe tratamento menoscabado, insuficiente, mesmo de desconhecimento por ausência de pro-atividade estatal quanto políticas públicas eficazes, falta de planejamento, como uma anomia que enfraquece a cidadania. Não é mais possível conviver com a falsa premissa de que normas constitucionais sejam programáticas, como uma escusa absolutória de declarar o direito e projetar para um futuro incerto seu exercício e sua realização.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. Brasil bate recorde histórico de homicídios. **UOL Notícias**, 27 maio. 2014. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/05/27/brasil-tem-recorde-historico-de-homicidios.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 3. ed. Método, 2008.

ALVES, Murilo Ricardo Silva. A Constituição da República Federativa do Brasil e sua classificação ontológica: uma conversa com Karl Loewenstein, Konrad Hesse e Ferdinand Lassale. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7593>. Acesso em: 3 maio 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Constituição (1967)**. Promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 26 abr. 2015.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, 1940.

_____. **Decreto-Lei n. 1001, de 21 de outubro de 1969**. Institui o Código Penal Militar. Brasília, DF, 1969.

_____. **Emenda Constitucional n. 1/69**. Promulgada em 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 26 abr. 2015.

_____. **Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997**. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Brasília, DF, 1997.

_____. **Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei de 1969)**. Promulgada em 29 de setembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0898.htmimpressao.htm>. Acesso em: 26 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial** n. 941436 MS 2006/0283462-0, da Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Data de Julgamento: 16/10/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/11/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento** n. 822882 MG, Relator: Min. Roberto Barroso, Data de Julgamento: 10/06/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 05-08-2014 PUBLIC 06-08-2014.

_____. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo** n. 761127 AP, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 24/06/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014.

_____. **Extradicação** n. 1223. Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 22/11/2011, Segunda Turma.

_____. **Mandado de Injunção** n. 283 DF, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 20/03/1991, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882.

_____. **Mandado de Injunção** n. 284, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 22/11/1992, TRIBUNAL PLENO.

_____. **Mandado de Injunção** TO, Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 15/05/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 02-08-2002 PP-00059 EMENT VOL-02076-01 PP-00030.

_____. **Mandado de Injunção** n. 642 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/08/2001, Data de Publicação: DJ 14/08/2001 P - 00235.

_____. **Mandado de Injunção** 670 ES, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001)

_____. **Mandado de Injunção** n. 712 PA, Relator: Min. Eros Grau, Data de Julgamento: 15/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-147 DIVULG 22-11-2007 PUBLIC 23-11-2007 DJ 23-11-2007 PP-00030 EMENT VOL-02300-01 PP-00010 RTJ VOL-00205-03 PP-01029.

_____. **Mandado de Injunção** n. 4158. Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 18/12/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-034 DIVULG 18-02-2014 PUBLIC 19-02-2014.

_____. **Mandado de Injunção** n. 4398, Relator: Min. Luiz Fux.

_____. **Mandado de Injunção** n. 537 SC, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 30/08/2001, Data de Publicação: DJ 11/09/2001 P – 00033.

_____. **Recurso Extraordinário** 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** n. 20110020052437 DF 0005243-70.2011.8.07.0000. Relator: Silvânio Barbosa dos Santos, Data de Julgamento: 30/08/2011, Conselho Especial, Data de Publicação: Publicado no DJE: 09/03/2015, p. 197.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista** n. 485006520095150123 48500-65.2009.5.15.0123, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 12/06/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/06/2013.

_____. **Recurso de Revista** n. 757003720105160009 75700-37.2010.5.16.0009, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 17/09/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/09/2013.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supra-legal**. 2007. Disponível em: <http://www.wikiuspedia.com.br/artiicle.php?story=2007031911_5849842>. Acesso em: 26 abr. 2015.

GUIMARÃES, Camila. O ensino público no Brasil: ruim, desigual e estagnado. **Época**, 5 jan. 2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/01/bo-ensino-publico-no-brasilb-ruim-desigual-e-estagnado.html>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

JUSBRASIL. STF – **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário: RE 546759 SP**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25066266/agreg-no-recurso-extraordinario-re-546759-sp-stf>>. Acesso em: 6 maio 2015.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus, 2013.

LIMA, Wesley de. Da evolução constitucional brasileira. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 11, n. 49, jan. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4037>. Acesso em: 26 abr. 2015.

MAIEROVITCH, Walter. O Brasil e a pena de morte. **Carta Capital**, 27 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/834/o-brasil-e-a-pena-de-morte-4583.html>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, João Luiz. **Plano Brasil sem Miséria atenderá 16,2 milhões de pessoas em todo o país**. 3 maio 2011. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/noticias/2011/maio/brasil-sem-miseria-atendera-16-2-milhoes-de-pessoas>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; CASTELLANI, Fernando F; COMETTI, Marcelo Tadeu. **Direito internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 11. (Coleção OAB Nacional. Primeira fase).

_____. **Direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 9. (Coleção OAB Nacional. Primeira fase).

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **O direito de religião no Brasil. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo5.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2011.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. p 174.

A MITIGAÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA NA ATUAÇÃO RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

*Thiago Allisson Cardoso de Jesus**
*Pedro Augusto G. de O. Bragança***

Resumo: A mitigação do estado de inocência na atuação recente do Supremo Tribunal Federal. Analisa-se o processo de afirmação histórica do estado de inocência no contexto do Estado Democrático de Direito Brasileiro, considerando o conteúdo da garantia fundamental aqui colocada em *suspense*. Por meio de análise de discurso, investigam-se as racionalidades jurídicas em debate e discute-

* Advogado, inscrito na OAB Seccional Maranhão. Doutor em Políticas Públicas (UFMA). Mestre em Políticas Públicas (2012) pelo Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão (Capes 6). Professor Efetivo do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA) e da graduação e pós-graduação em Direito na Universidade Ceuma. Coordenador do Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade (UEMA) e do Núcleo de Estudos em Estado, Segurança Pública e Sociedade (Universidade Ceuma). Professor integrante do Núcleo de Direitos Humanos e Biodiversidade (NEDH-Bio) da UFMA. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), à Associação Nacional de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos (ANDHEP) e ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI- Sociedade Científica do Direito). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (RJ), com ênfase em Direitos e Garantias Fundamentais (2009). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2008). Foi Professor Substituto na Universidade Federal do Maranhão (2011-2013) e exerceu a função de Diretor do Curso de Direito da UEMA em 2015. Professor da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Universidade CEUMA, da Universidade Estácio de Sá e Fundação Sousem. Supervisor do Estágio em Direito Constitucional e Penal da Universidade CEUMA. Egresso do Programa de Educação Tutorial em Direito (PET) da Universidade Federal do Maranhão. Foi colaborador do Setor de Penas Alternativas da Justiça Federal de 1º grau no Maranhão (2008-2010). Atua como pesquisador, consultor e palestrante de temáticas relacionadas aos Direitos e Garantias fundamentais, Processo Penal Constitucional, Teoria do Conflito, Vingança Privada e Políticas de Segurança Pública. Autor de artigos, capítulos de livros e trabalhos publicados em periódicos regionais e nacionais. Cristão católico.

** Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade CEUMA. Formado em Comunicação Social – Publicidade e Propaganda pela Universidade CEUMA. Pesquisador egresso do Núcleo de Estudos em Estado, Segurança Pública e Sociedade da Universidade CEUMA.

-se como o guardião da Constituição, por razões políticas, trata a efetivação de garantia fundamental na contemporaneidade.

Palavras-chave: Estado de Inocência. Garantia fundamental. Mitigação.

Abstract: Mitigation of the state of innocence in the recent performance of the Supreme Court. It analyzes the historical process of affirmation of the state of innocence in the context of the Brazilian Law Democratic State, considering the contents of the fundamental guarantee here placed in *suspense*. Through discourse analysis, legal rationales are investigated in debate and discusses how the guardian of the Constitution for political reasons, is the realization of fundamental guarantee nowadays.

Keywords: State of Innocence. Fundamental guarantee. Mitigation.

1 INTRODUÇÃO

O alto índice da criminalidade urbana experimentada pela sociedade brasileira na contemporaneidade, combinado à baixa confiabilidade da população em relação aos Órgãos do Poder Judiciário, representa, atualmente, o maior desafio para as instituições de Justiça, que se deparam, diariamente, com o desafio de desempenhar suas atividades com eficiência, sem, no entanto, deixar de observar o amplo rol de direitos e garantias individuais que se encontra disciplinado tanto no texto constitucional, quanto em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Nesse contexto, tem-se que o Supremo Tribunal Federal (doravante STF ou Supremo), representa o mais importante órgão jurisdicional do país, cúpula do Poder Judiciário, cabendo-lhe, dentre o amplo rol de suas competências constitucionais, a guarda da higidez do texto constitucional, atuando, portanto, para que sempre prevaleça a supremacia dos mandamentos elencados na Constituição da República de 1988.

Portanto, em última análise, cabe ao STF o resguardo para que sejam respeitadas as próprias garantias dos indivíduos, que constantemente se veem despojados de seus direitos, ante os atos arbitrários emanados de pretensas 'autoridades' de todos os níveis do poder constituído. Assim, se torna preocupante as vezes que o Supremo decide pela mitigação, ou

mesmo inaplicabilidade, de um dos direitos ou garantias asseguradas ao indivíduo, pois caberia justamente a ele a preservação desses.

Assim ocorreu com o princípio do Estado de Inocência – presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade –, cuja interpretação sofreu severa restrição quando do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, em fevereiro de 2016, momento em que foi revisto o posicionamento até então dominante na Corte, decidindo-se, a partir de então, pela possibilidade da execução provisória da pena quando da prolação de decisão condenatória pelo Órgão julgador de 2ª instância.

Diante da polêmica que girou em torno da decisão, na qual se perceberam opiniões divergentes a respeito do tema, buscar-se-á, com o presente trabalho - por meio de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, amparados na sociologia reflexiva para investigação das diversas relações e uso da análise de discurso - realizar uma análise a respeito das racionalidades colocadas em debate pelos Ministros, procurando estabelecer um contraponto crítico em relação às teses defendidas, com o fito de verificar se estas se sustentam como fundamento fático/teórico para motivar a mudança do entendimento quando da análise sob a ótica do garantismo penal e do devido processo constitucional.

2 O ESTADO DE INOCÊNCIA EM *SUSPENSE*: UMA HISTORIOGRAFIA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO DE MITIGAÇÃO DE UMA GARANTIA FUNDAMENTAL

O princípio do Estado de Inocência, cuja raiz histórica remonta ao direito romano e, principalmente, ao movimento Iluminista, no fim do séc. XVIII, encontra o ápice de seu reconhecimento com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), ainda em 1948, no momento que se sucedeu à grave crise humanitária desencadeada pela 2ª guerra mundial.

No entanto, quando se fala de Brasil, tal princípio foi efetivamente positivado tão somente no ano de 1988, quando da promulgação da Constituição. No período anterior ao texto constitucional, doutrina e jurisprudência nacional entendiam cabível a incidência deste princípio, sob a forma de “princípio geral de direito”, utilizando-se, como tal, como norma de colmatação de lacunas normativas.

Observe-se que, por possuir tal *status*, a aplicação deste princípio sofria graves limitações, pois era utilizado tão somente em situações em que a norma positivada era silente; mas, havendo previsão expressa no texto normativo, este sempre prevalecia em relação ao princípio do Estado de Inocência.

No momento imediatamente após a promulgação da CRFB/1988, quando o princípio passou a fazer parte, de forma explícita, do ordenamento jurídico pátrio – insculpido no artigo 5º, inciso LVII da CRB/1988 -, estabelecendo a norma que o Estado de Inocência deva subsistir até o surgimento de decisão definitiva no processo penal, sua amplitude de aplicação foi alvo de intensa controvérsia entre doutrina e jurisprudência, principalmente no tocante à (im)possibilidade da determinação da execução provisória da pena, estando pendente recursos para os tribunais superiores, uma vez que existe mandamento infraconstitucional que estabelece que tal categoria de recursos não possuiria efeito suspensivo (artigo 637 do CPP).

Desta forma, a posição defendida pelos tribunais, inclusive pelo STF, era de que o princípio do Estado de Inocência, tipificado no texto constitucional, deveria ser interpretado de maneira restritiva - conforme entendimentos anteriores da mesma Corte – de modo que não seria cabível a concessão de efeito suspensivo aos recursos extraordinários, devendo ser iniciada a execução provisória da pena com a prolação da decisão condenatória no segundo grau de jurisdição.

Tornou-se paradigmático este posicionamento, desposado pelo Tribunal o julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* 67.857-2/SP, de lavra do Ministro Aldir Passarinho, o qual afirmou que o aludido texto constitucional “não importa em revogação dos preceitos do Código de Processo Penal, que autorizam a prisão após a sentença condenatória (...)” (BRASIL, 1990), entendendo o Tribunal que não haveria incompatibilidade entre o mandamento constitucional em questão com preceitos infraconstitucionais que estabeleçam a possibilidade da prisão após o surgimento de sentença condenatória.

Marcando a consolidação deste entendimento, inclusive, o STF editou duas súmulas – de números 716 e 717 – abordando a possibilidade da execução provisória da pena, ambas tratando acerca da possibilidade da progressão de regime aos apenados que se encontrassem no cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Tal entendimento perdurou até meados da década inicial do sec. XXI, quando do julgamento o *Habeas Corpus* 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, foi modificado o entendimento do Supremo sobre o tema, passando a ser reconhecida, a partir de então, a impossibilidade da execução provisória da pena, em consonância estrita com o determinado pelo texto constitucional.

Da leitura integral dos votos dos Ministros se extrai que o principal argumento utilizado para que se efetivasse a modificação do entendimento em questão foi a importância do prevailecimento da norma constitucional frente às leis de hierarquia inferior que seriam com elas incompatíveis.

Nesse sentido, inclusive, apontam os Ministros, em diversas passagens, que diante de uma norma de escrita tão clara – tal como esta insculpida no artigo 5º, inciso LVII do texto constitucional – não restaria ao aplicador da lei a possibilidade de ampliar ou restringir o âmbito de incidência da mesma, sob o risco de se fazer letra morta do texto maior, conforme explana o Ministro Eros Grau:

Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado – e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena – anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponha ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 2009, p. 15).

Outro ponto de argumentação dos Ministros é atinente à necessidade do respeito à própria dignidade do acusado, uma vez que não se poderia admitir o tratamento deste como se culpado fosse sem a existência de sentença penal condenatória definitiva e, a execução provisória da pena privativa de liberdade é a expressão maior da culpabilidade do cidadão, não podendo esta tão importante garantia constitucional ser esvaziada com o avançar do processo, afinal, somente será transpassada com o trânsito em julgado da sentença.

Também pesou a respeito desta argumentação o fato da irreversibilidade que acarretaria a execução provisória da pena, uma vez que seria

impossível a restituição do tempo despendido dentro do cárcere daqueles que, condenados indevidamente em segunda instância, viessem a ter sua condenação revista quando da análise dos recursos nos Tribunais Superiores.

Por fim, o Ministro Eros Grau ainda finaliza seu voto colocando que, mesmo indo de encontro aos anseios populares mais exaltados, a função precípua do STF é o resguardo e a obediência às normas constitucionais, cabendo, portanto, a sua defesa, em relação ao ímpeto punitivista manifestado pela produção das casas legislativas¹.

Portanto, desta forma se modificou o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do alcance do princípio do Estado de Inocência, sendo este o posicionamento que prevaleceu até 2016, ano em que o tema foi novamente levado ao plenário, cujo novo entendimento causou grandes repercussões no mundo jurídico.

3 O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.292: RACIONALIDADES EM DEBATE E UM CONTRAPONTO CRÍTICO

No julgamento do HC em questão ocorreu nova mudança no entendimento do STF a respeito do âmbito de incidência do aludido princípio constitucional, entendendo-se desta vez que a decretação da execução provisória da pena, após decisão condenatória em 2º grau, não feriria o Estado de Inocência dos acusados.

A primeira tese levantada pelos Ministros para subsidiar a mudança no entendimento foi a de que, com o encerramento da instância ordinária, sobrevindo eventual decisão condenatória do Tribunal competente – TJ ou TRF – estar-se-ia diante do fim da possibilidade da avaliação fático probatória do caso concreto, ou seja, aos recursos destinados aos Tribunais superiores – STF e STJ – não restariam o efeito suspensivo, justamente porque seu objetivo seria, tão somente, o de avaliar a higidez na

¹ Coloca o Ministro que “é bom que estejamos atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética – qualquer ética – o que irremediavelmente nos conduz ao “olho por olho, dente por dente”. Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobre tudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos”.

aplicação da norma escrita (constitucional no caso do STF, infraconstitucional no caso do STJ).

Essa argumentação tem como base a defesa de que a atuação do STF deveria se restringir, tão somente, à interpretação abstrata das normas constitucionais, pugnando pela higidez do ordenamento jurídico.

No entanto, dentre a sua atuação jurisdicional prevista no texto constitucional, se percebe que o STF, realmente, atua no controle de constitucionalidade, avaliando a conformidade de atos normativos de hierarquia inferior com o texto constitucional. No entanto, atua também com competência originária para o julgamento criminal de indivíduos detentores dos mais altos cargos de controle do país, além de possuir, também, competência recursal, sendo a última e definitiva instância para a análise de questões de índole constitucional trazidas à baila no caso concreto.

Portanto, se torna incontestado que, diante da excessiva quantidade de competências constitucionais atribuídas ao STF, este não pode ser classificado nos moldes de “Corte Constitucional”, tal como se dá nos EUA e na maioria dos países da Europa, mas sim, na verdade um misto de Corte de Apelação com o de arremedo de Corte Constitucional, uma vez que a maioria dos processos submetidos ao STF tem natureza individual (recursos extraordinários, agravos, embargos declaratórios, reclamações, etc.), permanecendo as competências realmente constitucionais em uma escala infinitamente inferior.

A constatação também não escapou à arguta observação de Lopes Jr. e Badaró sobre as dicotomias existentes entre a atuação do STF e o modelo de “Corte Suprema” presentes em outros países, ao afirmarem que os tribunais superiores pátrios (STF e STJ) atuariam como verdadeira terceira instância, pela qual “a interpretação da lei – e para nós, também da Constituição – é só um meio de resolução de uma específica controvérsia”, onde “haveria uma ‘interpretação operativa’, destinada à justa decisão do caso concreto”. (LOPES JR; BADARÓ, 2016).

² “Quando se fala propriamente em justiça constitucional ou em Tribunal Constitucional, pretende-se abranger tão somente os tribunais que, de forma específica, são criados para apreciar e julgar autonomamente dois tipos de questões: a) o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos; b) os litígios interorgânicos, entre órgãos e autoridades estatais, e entre unidades políticas. Por exceção, certas questões de cunho individual são de sua alçada quando o conflito disser respeito ao âmago do próprio sistema constitucional, como determinadas liberdades públicas imprescindíveis à organicidade do próprio Estado, verificáveis em cada caso concreto”. (LIMA, 2009, p. 76).

Portanto, não se mostra correta a argumentação no sentido de que a atuação do STF é, em sua maior parte, marcada pela interpretação abstrata da lei, uma vez que a maioria de seus julgamentos diz respeito à reanálise de casos advindos das instâncias ordinárias.

Assim, o princípio do Estado de Inocência impõe ao Estado verdadeira regra de tratamento em relação ao culpado, impedindo que este seja tratado como culpado enquanto ainda subsistirem, naquela mesma relação processual, reais chances de modificação de sua sentença condenatória, motivo pelo qual não se torna apta a argumentação aqui exposta, pois mesmo que sob a pendência unicamente de julgamento de recurso de natureza extraordinária, ainda assim não poderia ser tratado como culpado, em estrita obediência ao texto constitucional, pois ainda lhe restaria a possibilidade concreta na alteração do *decisum*.

Também não merece prevalecer o argumento de que aos recursos extraordinários não cabe a avaliação da matéria de fato, mas tão somente à matéria de direito, uma vez que não seria distinguir entre questão de direito e questões de fato pois o que existe são questões predominantemente de fato e questões predominantemente de direito (LOPES JR; BADARÓ, 2016), ou seja, ainda que não se permita ao STF e ao STJ o simples reexame de prova, se torna possível, por exemplo, o questionamento a respeito dos critérios de apreciação de provas, a arguição da utilização de provas ilícitas, da nulidade das provas e dos procedimentos, etc.

Portanto, ao afirmarem que, ao julgar o recurso extraordinário, o STF não aprecia a peculiaridade do caso concreto, mas tão somente a higidez do sistema normativo, os Ministros se distanciam, absurdamente, da realidade representada pelas suas próprias prerrogativas constitucionais, qual seja, a de Corte Recursal, cabendo sim a este o julgamento, em última instância, do caso concreto levado ao judiciário, possuindo a sua decisão efeito imediato para a realidade fática do recorrente.

O presente julgamento também representou oportunidade ímpar para que o STF solucionasse verdadeira antinomia de normas existentes no Código de Processo Penal, no tocante a possibilidade ou não da decretação da execução provisória da pena, uma vez que, enquanto o artigo 637 do aludido diploma obste o efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário, o artigo 283 aduz a necessidade da existência de decisão transitada em julgado para a decretação da prisão (fora os casos em que se trate do cárcere cautelar).

Pois bem, durante o julgamento, os Ministros acabaram entendendo pela constitucionalidade do artigo 637 do CPP, ou seja, declarando que tal norma deva ser observada e respeitada, motivo pelo qual seria permitida a decretação da execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório em sede de segunda instância.

No entanto, ao declarar a constitucionalidade do aludido dispositivo, deveria o STF, obrigatoriamente, ter-se manifestado a respeito da inconstitucionalidade do artigo 283, diante da sua incompatibilidade com o anterior.

Nesse sentido aponta Streck (2016, p. 6) que “não se pode deixar de aplicar um texto normativo sem lhe declarar, formalmente, a inconstitucionalidade”, apontando o autor que, diante do julgamento em questão, falhou o STF até mesmo em pugnar pela higidez sistêmica do ordenamento jurídico nacional, uma vez que, ao contemplar a validade e aplicação do artigo 637, deveria também, obrigatoriamente, declarar a inconstitucionalidade do artigo 283.

Apontam também os Ministros que, no direito comparado, diversos outros países que também explicitam o princípio do Estado de Inocência em seus textos constitucionais adotam limite mais restrito para o seu âmbito de incidência e, inclusive, os textos das declarações internacionais não exigiriam o trânsito em julgado da sentença para a determinação da execução penal.

Sobre o tema, em primeiro lugar, destaque-se que a utilização de normas de outros países como parâmetro para o texto legal nacional não pode ocorrer de maneira açodada, até mesmo porque, antes de se utilizar tais institutos, é necessário que se tenha conhecimento da total dimensão contextual no qual este se encontra inserido, ou seja, avaliar o ‘horizonte histórico’ da norma em questão, conforme ensina Ferreira (2013), devendo-se estudar, de maneira aprofundada a completa imersão destes institutos em seu contexto sociocultural original, fato que, se não observado “fatalmente conduzirá a mal-entendidos” (FERREIRA, 2013) quando da sua aplicação deslocada em uma realidade díspar daquela na qual foi concebido.

O objetivo desta avaliação seria, portanto, ter total conhecimento das reais capacidades do instituto em questão de ser plenamente aplicável no ordenamento jurídico nacional, evitando-se assim que adotemos construções jurídicas alienígenas pelo simples ‘argumento de autoridade,’

reflexo este do antigo complexo de ‘cachorro vira-lata’ que vez por outra volta a nos atormentar, e que estabelece aprioristicamente o que vem de fora seria melhor pelo simples fato de vir de fora.

Assim, chega-se logo a conclusão de que, para que se utilize o direito comparado como fonte legítima de referência para o ordenamento jurídico pátrio, é preciso, primeiramente, que caiba ao aplicador da norma (“importador”) extrair, do próprio ordenamento alienígena, as fundações de sua própria estrutura, explicitando as possíveis simetrias existentes entre as duas realidades que lhe levam a crer que a ideia formulada por lá seria plenamente aplicável aqui.

Posto isso, percebe-se da análise dos votos dos Ministros, em momento algum, foi feita a contextualização acerca da utilização do tratamento do princípio do Estado de Inocência pelos países citados, não havendo a justificativa do porquê da opção legislativa destes países em dar um tratamento mais restritivo a esta garantia.

Ademais, o princípio do Estado de Inocência, sendo fruto de verdadeira transformação histórica na forma de tratamento das pessoas face ao poder do Estado, se encontra explicitamente disciplinado na maioria dos textos de tratados internacionais, bem como na maioria dos textos constitucionais das democracias ocidentais, cabendo a cada país estabelecer o marco que imagina ser o devido para que se supere a existência do Estado de Inocência, sendo esta decisão eminentemente política.

Gomes (2016) aponta que existem no mundo 03 (três) sistemas utilizados para a delimitação do ‘marco final’ do Estado de Inocência, ou seja, momentos em que se torna apto o tratamento do cidadão como culpado, podendo tal marco ocorrer com a confissão do acusado (tal como se dá nos EUA); com a prolatação de decisão condenatória (seja em 1º ou em 2º grau); ou ainda, só após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Portanto, percebe-se que se tratou de opção política do legislador constituinte originário a adoção do limite mais amplo conferido ao princípio do Estado de Inocência, sendo deixada esta opção de forma evidente no texto constitucional, ao vincular a superação do princípio tão somente com o advento de sentença penal condenatória transitada em julgado, não merecendo, portanto, tal princípio ser modificado pelo simples fato de que outros países adotam limites mais restritos para a sua aplicação.

Diga-se mais, ainda, a opção legislativa do constituinte originário abrangiu também a imutabilidade a respeito do entendimento acerca do

instituto, uma vez que a elencou no rol de cláusulas pétreas, conforme se depreende da leitura do art. 60, §4º, inciso IV, não podendo ser revista, nem mesmo através de emenda constitucional e, muito menos, por intermédio de decisão judicial.

Da mesma forma, é despicienda a tentativa dos Ministros em atacarem o âmbito de incidência do princípio utilizando como base o texto dos tratados internacionais, afirmando que estes não fariam menção à necessidade do trânsito em julgado da sentença, uma vez que o próprio texto da CADH, em seu artigo 29, deixa explícita a sua forma de interpretação, afirmando que “nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada para limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade reconhecidos de conformidade com as leis do Estado-parte ou pela Convenção”. (GIACOMOLLI, 2015, p. 7).

Quer dizer, havendo discrepância entre a norma positivada interna e o texto dos tratados, deve ser dada a interpretação mais benéfica em relação à proteção dos direitos humanos, servindo, por isso mesmo, os textos internacionais como um parâmetro mínimo de aplicação para tais garantias, ou mesmo um pano de fundo ético e moral sobre o qual deve se erigir o ordenamento jurídico interno, mas, caso exista em tal ordenamento norma ainda mais protetiva, então os textos internacionais devem ceder espaço, para que se aplique o dispositivo de âmbito interno.

É o que ocorre com o princípio do Estado de Inocência, que possui proteção mais efetiva no texto constitucional brasileiro, em que existe a exigência do trânsito em julgado da sentença penal definitiva, motivo pelo qual não podem os textos dos tratados internacionais serem avocados para impor maior limitação ao âmbito de incidência deste instituto, em prol da aplicação condizente com o princípio da boa-fé.

Outro ponto argumentativo utilizado diz respeito à necessidade de ser realizado o chamado sopesamento de princípios, *in casu*, entre o princípio do Estado de Inocência e princípios de cunho social – garantia da ordem social, tais como a segurança pública, ou mesmo a efetividade do sistema judicial (ou da lei penal) – devendo o primeiro ceder quando da prolatação da decisão condenatória de segundo grau.

No entanto, destaca-se que o discurso em prol dos princípios garantidores da ordem social em relação das garantias individuais, se aproxima, de forma muito incômoda, daquele adotado pelos Estados totalitários, em que a vontade dos cidadãos é completamente obliterada, em

prol do “bem comum”, tal como se viu na Alemanha nazista, na Itália fascista e na União Soviética stalinista³.

Ou seja, não seria recomendável que se abdicasse (ou mesmo mitigasse) um princípio de cunho individual em prol da “ordem social”, tendo em vista, ainda, a vultosa importância do princípio em questão, sendo tal garantia verdadeira conquista histórica do cidadão frente ao poder opressor do Estado.

A defesa dos Ministros pela aplicação do princípio da proporcionalidade da questão – vedando, além do excesso punitivista do Estado, a proteção insuficiente – também merece algumas considerações.

Há de se convir que, realmente, os índices de criminalidade no país aumentam absurdamente a cada ano, conforme apontam diversos dados estatísticos⁴, demonstrando, de forma incontestável, que a política de segurança pública nacional vem falhando miseravelmente em solucionar a situação.

No entanto, o encarceramento por si só, dissociado de outras políticas públicas voltadas para remediar a questão da exclusão social e as condições de vida miseráveis impostas a grande parte da população, cada vez mais deixa de ser uma solução para o problema da violência, afinal de contas, o Brasil mantém, em suas cadeias, a terceira maior população carcerária do mundo⁵, mas nem mesmo assim consegue diminuir os seus índices de violência.

³ Com efeito, “[...] o sistema se encontra também difundido no direito penal moderno. Existem na realidade, ainda hoje, [...] doutrinas e ordenamentos que privilegiam estruturalmente a função exclusiva da defesa social e que, por isso, descuidam, no todo ou em parte, do elemento subjetivo da culpabilidade, reputando-o [...]”. (FERRAJOLLI, 2010, p. 97).

⁴ Por exemplo, entre o período de 1980 e 2012, o número de vítimas anuais de morte violenta causada por arma de fogo aumentou de 8.710 para 42.416, ou seja, um crescimento de 387%. (WAISELFISZ, 2015, p. 21).

⁵ “Os números são absolutamente assombrosos e comprovam a falácia do discurso sobre a impunidade generalizada no Brasil. Estamos prendendo sim. E muito. Como é possível falar genericamente em impunidade quando nos últimos vinte anos – a população carcerária brasileira cresceu 350%? [...] Sem dúvida, isso demonstra a extensão do processo de encarceramento que ocorreu no Brasil. Acabamos de assumir o terceiro lugar, anteriormente ocupado pela Rússia. O primeiro e segundo lugares pertencem aos Estados Unidos e à China, respectivamente. No entanto, a taxa de ocupação brasileira é muito superior à americana (106%) e russa (91%), atingindo mais de 184% em 2012”. (ROSA; KHALED JR., 2015, p. 76).

Como se vê, o STF, com sua decisão, na verdade criou mais um mecanismo para inflar ainda mais o já desgastado sistema prisional nacional, autorizando que, a partir de agora, além dos presos definitivos e dos presos cautelares, tenhamos mais uma espécie de detentos, os que se encontram em execução provisória.

Por sua vez, o Ministro Luis Roberto Barroso pugna que os termos “culpabilidade” e “prisão” não se confundem, motivo que leva ao entendimento de que o legislador constituinte originário vedou a culpabilidade do acusado até o surgimento do trânsito em julgado, mas não a prisão, existindo, inclusive, texto constitucional a prevendo, sendo necessária a “ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” (art. 5º, inciso LXI da CR/1988).

Primeiramente, deve-se ressaltar que, doutrinariamente, o termo “culpabilidade”, em meio ao ordenamento jurídico pátrio, apresenta 03 (três) significados de destaque, a saber: elemento do crime em seu conceito analítico; pressuposto ou fator de graduação de pena; princípio constitucional (BITENCOURT, 2012).

Diante desta tríplice possibilidade interpretativa a respeito do significado para o termo “culpabilidade”, com a devida vênia, não restam dúvidas de que o legislador constituinte originário, ao inculpir o termo no rol de direitos e garantias individuais, referiu-se ao juízo de certeza necessário acerca da prática delituosa por parte do indivíduo, comprovada no curso do devido processo penal, com observância de todas as garantias constitucionais, o que possibilitaria, dessa forma, a imposição da pena, consubstanciando-se, portanto, em verdadeiro princípio constitucional.

Como bem apontam Lopes Jr. e Badaró (2016), a culpabilidade, enquanto princípio constitucional, impõe verdadeira regra de tratamento, proibindo que o acusado seja tratado como culpado até que venha o trânsito em julgado da decisão definitiva.

Portanto, a pergunta que se faz é: existe alguma forma de tratamento que deposite de forma mais evidente a culpa sobre os ombros de um indivíduo do que o obrigar ao cumprimento provisório de sua reprimenda penal? A resposta, obviamente, só pode ser uma: claro que não.

Por isso mesmo não se pode conceber que a execução provisória da pena se encontre em compasso com o texto constitucional que trata do Estado de Inocência.

Ademais, a possibilidade da prisão elencada no artigo 5º, inciso XI da Constituição se encontra inserida no rol dos direitos e garantias individuais, ou seja, não se tem ali uma prerrogativa do Estado, mas ao contrário, uma verdadeira garantia do cidadão, que, não se tratando do trânsito em julgado de decisão condenatória, terá sua liberdade cerceada somente naquelas exíguas situações; ou seja, mais uma vez, funciona o texto constitucional como freio para a atividade repressiva estatal.

Os Ministros aventaram também que o Estado de Inocência, utilizado em seu grau máximo, causa efeitos maléficos ao processo em si, pois a vedação à execução provisória da pena, antes da ocorrência do trânsito em julgado da decisão condenatória, contribuiria para o estado de impunidade que se presencia hoje, uma vez que a defesa se dedicaria a interposição de diversos recursos, com fins unicamente protelatórios, buscando postergar o marco definitivo do processo, o que acarretaria na prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Não se olvida do fato de que o Poder Judiciário se encontra, realmente, sufocado pela quantidade de processos que desembocam, diariamente, em todas as suas instâncias.

Como exemplo, pode-se citar os resultados trazidos pelo relatório Justiça em Números, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça, que apontam, de forma inconfundível, o quantitativo de processos regularmente recebidos por cada membro do Judiciário, e a total incapacidade da sua estrutura atual em dar conta de forma efetiva em sanar a situação⁶.

No entanto, parece ser despropositada a atribuição da responsabilidade de tal morosidade a uma garantia constitucional, pois “o argumento da (de)mora jurisdicional e da eventual ocorrência da prescrição, são legítimos. A ilegitimidade está na *solução*” (2016, p. 1) dada, uma vez que, o que se presencia é a total falta de infra-estrutura do Poder Judiciário em atender, de maneira minimamente condizente, as questões judiciais que lhe são postas.

⁶ Cite-se, por exemplo, o quantitativo de casos novos por Magistrado no Poder Judiciário, valores estes que chegam a 2.082 (dois mil e oitenta e dois) por ano na Justiça Federal de 1º grau e 1.619 (mil seiscentos e dezenove) na Justiça Estadual; enquanto que, em sede de 2º grau, estes valores chegam a vultuosos 3.772 (três mil setecentos e setenta e dois) na esfera Federal e 1.413 (mil quatrocentos e treze) na esfera Estadual. (CNJ. **Justiça em números 2015**, Brasília, ano base 2014, 2015).

Ressalte-se que não só para o Poder Judiciário e para a sociedade é danoso o longo decurso de tempo no processo penal, mas também o é para o próprio réu, que por vezes, deve aguardar, por anos a fio, a resposta jurisdicional para a sua situação, se culpado ou inocente.

Por fim, os Ministros argumentaram também que com a mudança no entendimento da Corte sobre o tema, estar-se-ia contribuindo, também, para a retomada da credibilidade do próprio Poder Judiciário perante a população, que passou a ver com desconfiança as decisões prolatadas em sede judicial.

Uma das principais causas para esta perda de credibilidade, segundo os argumentos explicitados, seria o distanciamento entre o direito aplicado nas Cortes de todas as instâncias pelo Brasil e a percepção da população (senso comum) a respeito de justiça, ou ainda, o distanciamento entre as expectativas da sociedade e o conteúdo expresso da norma constitucional (no caso específico, a aplicação do princípio do Estado de Inocência), motivo este que tornaria lícita a operação da chamada mutação constitucional.

Deve ser ressaltado que, na verdade, o que se percebe no Brasil, especialmente nos últimos anos, é profunda crise institucional que atinge todos os níveis organizacionais de todos os poderes.

Cite-se, como exemplo, os resultados trazidos pelo relatório ICJ Brasil, realizado pela Fundação Getúlio Vargas (2015), em que apenas 32% dos entrevistados afirmam confiar no Poder Judiciário (39% confiam no Ministério Público, enquanto 35% confiam na polícia), sendo este, obviamente, motivo claro de preocupação, o que torna legítima a busca pela melhoria dessa percepção por parte da população.

A efetiva força do texto constitucional e a divergência entre este e a realidade social não é um tema novo, já tendo sido discutido em obras de eminentes estudiosos, tais como Lassalle⁷ e Hesse⁸, que apontam a importância da consonância entre o texto constitucional e a realidade fática na qual este se encontra.

⁷ “Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”. (LASSALLE, 2001, p. 33).

⁸ Aponta o autor que a norma constitucional “não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas”. (HESSE, 2011, p. 2).

Hesse (2011, p. 3), no entanto, aponta também que o texto constitucional não se contenta em ser apenas “o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência”, mas sim, verdadeiro documento normativo, uma vez que “procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”.

Ou seja, o autor coloca que, ainda que o texto constitucional não deva se distanciar da realidade fática que o gerou, observando a sua própria historicidade, não pode ele ser tão somente “submisso” a tal realidade, devendo também impor deveres, com o fito de modificar, por assim dizer, o próprio contexto social em que se encontra positivado.

Tratando agora especificamente do texto constitucional brasileiro de 1988, temos que foi marcado, de forma indelével, pelo contexto histórico dentro do qual foi originado, qual seja, o momento de transição entre a saída de um governo ditatorial e a busca pela redemocratização do país, momento em que o Legislador Constituinte Originário buscou estabelecer amplo rol de direitos e garantias fundamentais – tanto de cunho individual quanto social – uma vez que estas tinham sido completamente negligenciadas quando do período anterior.

Percebe-se, portanto, que a intenção do Legislador era, além de refletir textualmente as mudanças fáticas representadas pela superação do período ditatorial no país, consubstanciava-se, principalmente, em impor série de regramentos limitativos ao poder absoluto do Estado, de modo a garantir a salvaguarda do indivíduo em sua própria essência humana, elevando, inclusive, o princípio da dignidade da pessoa humana ao status de fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, CR/1988).

Como se vê, o rol de direitos e garantias individuais – incluídas entre estas, logicamente, o Estado de Inocência – mais do que simples conformação entre a norma escrita e a realidade fática, representam verdadeiro “dever ser”, ou seja, são regras de observância obrigatória do Estado, que deverá sempre buscar em satisfazê-las, sob o risco de decretação de absoluta nulidade de seus atos.

Portanto, não pode qualquer “mudança na expectativa da população em relação ao princípio da presunção de inocência” se tornar motivo apto a propiciar uma mudança na interpretação do texto constitucional.

Conforme coloca o próprio Hesse (2011), não é qualquer modificação da realidade fática que deva motivar uma modificação no texto

constitucional, mas tão somente aquelas que tornem absolutamente incompatíveis o texto escrito com a sua possibilidade de concretização, uma vez que a contínua transformação no texto normativo superior representaria o enfraquecimento em sua força normativa perante a população⁹.

A pergunta que se faz é: a aplicação do princípio do Estado de Inocência se tornou, diante da atual realidade fática, incompatível com o ordenamento jurídico pátrio? Em outras palavras: a busca pelo “bem maior” (segurança da sociedade) há de passar, obrigatoriamente, pela supressão do Estado de Inocência?

Não parece ser este o posicionamento mais prudente, ainda que se experimente uma verdadeira escalada nos índices de criminalidade, estando a população clamando diuturnamente por uma resposta mais efetiva por parte do poder público.

A resposta aqui passaria, mais uma vez, pela própria reestruturação do Poder Judiciário, em todos os níveis, de modo a propiciar uma resposta rápida e efetiva aos clamores sociais, sem que se atropеле, no entanto, os próprios direitos individuais.

Ou seja, a mitigação, *in casu*, do princípio do Estado de Inocência, não representa, absolutamente, a solução para a retomada da confiança do Poder Judiciário perante a população, sendo este um simples paliativo para um problema estrutural muito mais profundo.

Representaria, na verdade, indesejável retrocesso a situações presenciadas ainda no Estado ditatorial, em que prevaleciam a presunção de culpabilidade, ao invés da inocência.

De outro modo, há que ser perquirido também a própria fonte desta inquietação da população com o famigerado “estado de impunidade” que se vivencia hoje em dia.

⁹ “Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudança na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito: Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente”. (HESSE, 2011, p. 65).

Explique-se: um dos pontos fulcrais para se analisar, de maneira crítica, a origem do espectro de ansiedade que se espalhou no seio da sociedade há de ser vislumbrado o poder de influência que os meios de comunicação exercem sobre a população e, conseqüentemente, a influência que estes acabam exercendo sobre o próprio Poder Judiciário.

Não se pode esquecer que o STF, órgão máximo do Poder Judiciário, cujas competências constitucionais envolvem também atuação eminentemente política, também necessita da credibilidade junto à população para o desempenho de suas funções, sendo esta matéria prima para toda atividade política (GUARESCHI, 2007).

Ocorre que, conforme coloca Guareschi (2007, p. 7), “a matéria prima da política é a credibilidade, um capital simbólico. Ora, a mídia é o meio de produção desse capital, tanto para construí-lo, como para destruí-lo [...]”.

A postura crítica que se deve defender é justamente verificar até que ponto a busca pela “credibilidade perante a sociedade” não se tornará, na verdade, uma busca pela “credibilidade perante a mídia” e os grupos políticos e econômicos que os meios de comunicação representam.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegavelmente, os meios de comunicação alcançaram, na sociedade atual, tamanha relevância para a formação da opinião pública, que exercem enorme pressão no modo de atuação de todos os poderes, o que acabou lhe conferindo a elevação ao status de “quarto poder”, alcunha essa que, diante da excessiva concentração dos meios midiáticos nas mãos de poucos “atores”, merece ser utilizada com parcimônia¹⁰.

¹⁰ “Quando se fala em mídia como quarto poder é necessário ressaltar, de imediato, que esse assim chamado poder pode também ser um poder usurpado. Isso por que esse poder que a mídia se atribui não lhe foi conferido pelo povo, origem do poder legítimo nas sociedades democráticas. A mídia se arrogou esse poder por conta própria, sem levar em conta a população, mas baseada apenas em sua força econômica, política e ideológica. Ninguém conferiu esse poder a ela. Pode haver aqui, portanto, um equívoco ao se falar em poder. Pode dar-se o fato de que estejamos sob a ditadura de um poder usurpado. E quem detém o poder da mídia tem também o poder de decidir sobre a organização dessas sociedades. É o que acontece, como vemos, com a mídia hoje no Brasil, onde nove famílias controlam mais de 90% da mídia eletrônica. Ela decide o que deve ser dito e, principalmente, o que não deve ser dito, o que os brasileiros não podem e não devem saber. [...]” (GUARESCHI, 2007, p. 11).

O cuidado, portanto, que deve ser levado em conta pelo Supremo (na verdade, por todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário), é o fato de que a busca pelo atendimento às demandas emanadas do seio da população não pode servir como veículo para a obliteração de direitos e garantias individuais, uma vez que nem sempre o clamor popular é legítimo, podendo ter sua gênese, na verdade, em desejos escusos oriundos de grupos que controlam economicamente os meios de comunicação.

Quer dizer, a difusão do medo entre a população, em alguns momentos, se torna tão intensa, que acaba levando esta a fazer pressão pela usurpação de direitos e garantias que, acima de tudo, são de seu próprio interesse, afinal, se encontram disciplinadas no texto constitucional com o único objetivo de frear os impulsos arbitrários do Estado.

Por fim, com o fito de que não se chegue a conclusões equivocadas quanto a presente colocação, não se defende, em absoluto, que a atuação do STF seja completamente dissociada das expectativas da sociedade, até mesmo, em um Estado que se pretende democrático, cabe ao próprio povo, em última instância, conferir legitimidade às suas instituições de Poder. O que se pretende é abordar o fato de que não pode o Supremo ter sua atuação pautada única e exclusivamente pelo clamor social, devendo observar sempre a higidez de todo o ordenamento jurídico e, quando necessário, adotar posturas contramajoritárias, expressão já utilizada pela Corte em outros julgamentos¹¹, assegurando a observância a direitos e garantias a todos os cidadãos, mesmo que contrárias aos clamores de maioria.

Portanto, diante de toda a explicação aqui disposta, não se pode, mais uma vez, concordar com a linha argumentativa explicitada pela Corte para determinar a mudança em seu entendimento, uma vez que não pode a pressão popular e a busca pela retomada da credibilidade do Poder Judiciário serem utilizadas como motivos aptos para que o Órgão determine a mitigação na aplicação efetiva do princípio do Estado de Inocência.

¹¹ Por exemplo, cite-se o voto do Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da ADPF 54 – que tratava da interrupção da gravidez de feto anencéfalo: “[...] impende destacar, ainda, no ponto, considerando o sentido prevacente neste julgamento, a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito, que se realiza, no caso, pelo reconhecimento e outorga de proteção a grupos vulneráveis, cujo amparo jurisdicional deve ser analisado na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional”. (BRASIL, 2012).

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de descumprimento de preceito fundamental 54**. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 12/04/2012.

_____. **Habeas Corpus 84.078/MG**. Pleno, relator: Eros Grau. Data de julgamento: 05/02/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. **Recurso em Habeas Corpus 67.857-2/SP**. 2ª Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Data de julgamento: 19/06/1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator: Teori Zavascki. Data de julgamento: 17/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2016.

FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **A presunção de inocência e a construção da verdade**: contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca et. al. **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. São Paulo: Atlas, 2015.

GUARESCHI, Pedrinho A. Mídia e democracia: o quarto versus o quinto poder. Dossiê Mídia e Política. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 6-25, jul./dez. 2007.

GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo penal**. São Paulo: Lúmen Juris, 2015.

GOMES, Luiz Flávio, **Execução da pena depois do 2º grau**. A sociedade ficará desprotegida se o STF mudar sua posição (seguindo Celso de Mello)? Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/360343547/execucao-da-pena-depois-do-2-grau-a-sociedade-ficara-desprotegida-se-o-stf-mudar-sua-posicao-seguindo-celso-de-mello?utm_campaign=newsletter-daily_20160712_3690&utm_medium>. Acesso em: 10 set. 2016.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. São Paulo: Sergio Fabris Editor, 2011.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

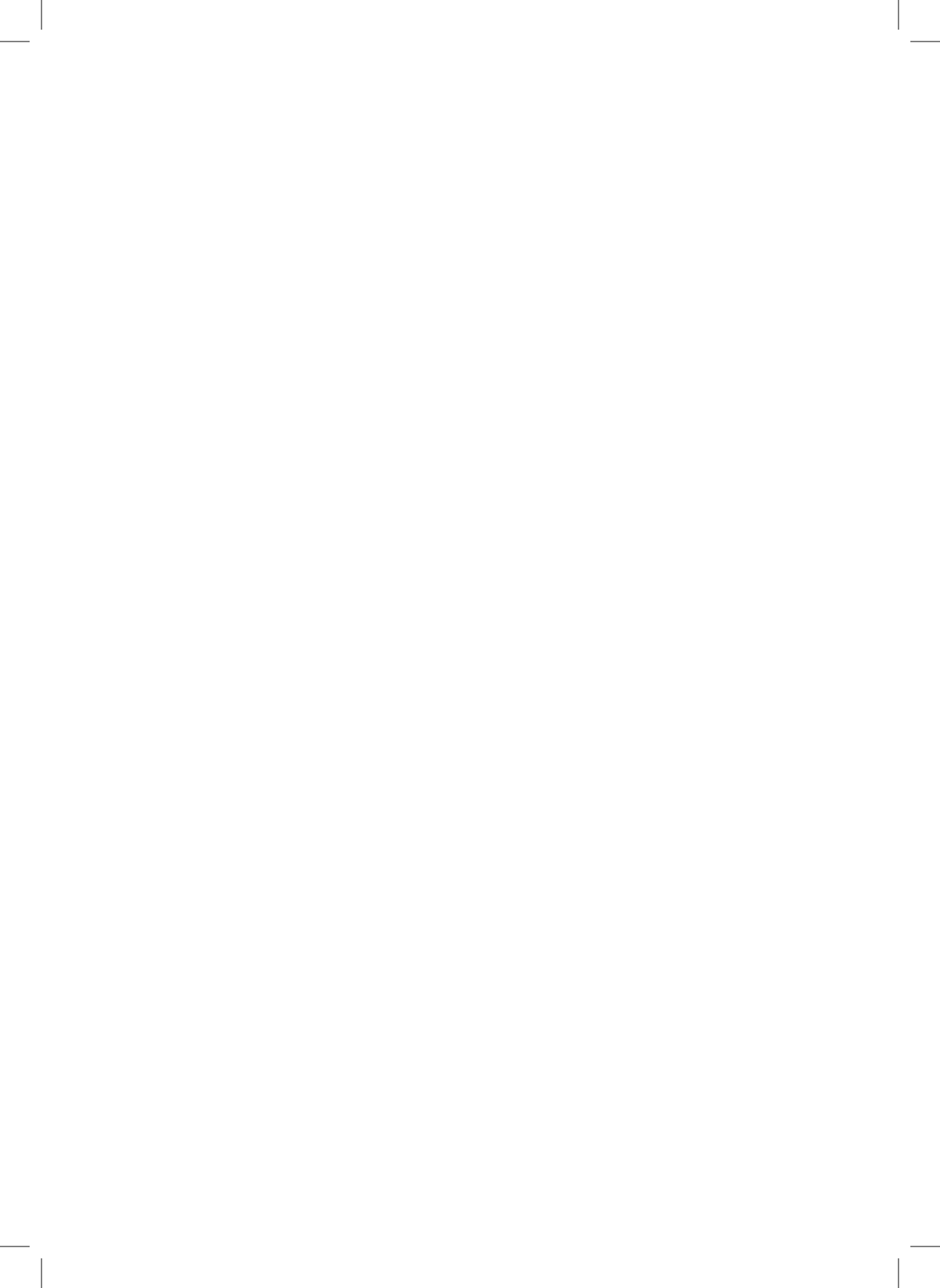
LIMA, Francisco Gerson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira - estudo de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória (Parecer)**. Disponível em: <<http://www.academia.edu.com>>. Acesso em: 1 out. 2016.

ROSA, Alexandre de Moraes da; KHALED JR., Salah H. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 10 set. 2016.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mortes matadas por arma de fogo: mapa da violência 2015**. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.



O TRANSCONSTITUCIONALISMO NA SUPREMA CORTE BRASILEIRA E A BUSCA PELA GARANTIA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Felipe Thiago Sousa de Lima**

Resumo: O presente artigo busca discutir a presença do Transconstitucionalismo no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente nas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, desenvolve-se explanação acerca da globalização ou transnacionalização da jurisdição diante da necessidade de diálogo entre os diferentes ordenamentos jurídicos sobre questões relativas a direitos humanos e fundamentais que perpassam limites territoriais. Partindo de uma análise histórica do desenvolvimento do constitucionalismo até chegar à sua atual fase, o trabalho analisará a evolução e as características principais deste fenômeno transconstitucional, dando enfoque à sua presença no ordenamento brasileiro, notadamente na Suprema Corte, na busca por este tribunal pela garantia da efetivação dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988. Será demonstrado, em conclusão, que, apesar de haver críticas doutrinárias em sentido contrário, o ordenamento jurídico brasileiro tem caminhado, mesmo que timidamente, para a adoção do transconstitucionalismo nos posicionamentos adotados e nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo. Constituição. Direitos fundamentais. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article attempts to discuss the presence of the “Transconstitutionalism” in Brazilian legal order, especially in recent decisions of Federal Supreme Court. For that, it is developed an explanation about jurisdiction’s globalization or transnationalization in front of need for dialogue between different legal orders about issues relating to fundamental and human rights beyond territorial boundaries. Starting from a historical analysis of the constitutionalism’s development to reach its current stage, this work examines evolution and main characteristics of this transconstitucional phenomenon, giving emphasis to its presence in Brazilian

* Bacharel em Direito (2013) pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Assessor de Promotor de Justiça no Ministério Público Estadual do Maranhão. E-mail: felipethiagosl@yahoo.com.br.

order, notably in Supreme Court, in the search of this tribunal for ensuring the effectuation of fundamental rights printed in the 1988 Federal Constitution. It will be shown, in conclusion, that, in spite of doctrinal criticism in contrary, Brazilian legal system has been moving, even shyly, towards the adoption of the transconstitutionalism in followed positions and judgments given by Federal Supreme Court.

Keywords: Transconstitutionalism. Constitution. Fundamental rights. Federal Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

Nunca se falou tanto em proteção aos direitos fundamentais como nos tempos atuais. Não que seja um debate novo, mas é uma discussão que vem ganhando cada vez mais força e intensidade.

A exigência da aplicabilidade dos chamados direitos humanos positivados, isto é, dos direitos fundamentais, é algo inerente à sociedade hipercomplexa e globalmente interligada, que ultrapassa fronteiras físicas de Estados e provoca valiosos diálogos intencionados a esta concretização.

Tendo isso em vista, o constitucionalista brasileiro Marcelo Neves traz a ideia de Constituição Transversal, que transpassa limites territoriais de Estados na busca pela aplicação da igualdade formal jurídica do direito de forma crítica e inovadora.

Nesse contexto, o chamado “transconstitucionalismo” ganha solidez, ao propor, enquanto fase contemporânea do Constitucionalismo, a busca pelo diálogo entre ordenamentos jurídicos de diferentes Estados no intuito, principalmente, de solucionar problemas relacionados a direitos humanos e fundamentais, que muitas vezes ganham repercussão em ordenamentos jurídicos outros além do seu próprio.

Instala-se, com este fenômeno, uma nova ordem internacional, um novo ponto de vista a perceber o problema do enfrentamento às violações de direitos humanos e fundamentais. E com isso, quer-se dizer que a globalização atinge não apenas a economia, a cultura e a sociedade em si, mas também a jurisdição.

No Brasil, nota-se essa recente busca de solução a problemas relativos a direitos fundamentais em ordens jurídicas diversas. Em verdade, o ordenamento pátrio tem buscado lastreio em normas e decisões

internacionais e transnacionais quando diante de algumas questões, sejam constitucionais ou não, e que tenham ou não repercussão na comunidade internacional.

Através de uma análise da “evolução” do constitucionalismo, pode-se questionar se o Brasil está numa fase embrionária do transconstitucionalismo, e, mais além, pode-se indagar se o judiciário brasileiro abraçará ou não este fenômeno.

A presente pesquisa busca compreender o desenvolvimento do transconstitucionalismo e responder a indagações sobre a sua presença no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente, nas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal na busca pela solução a problemas de violação a direitos fundamentais.

Para tanto, serão analisadas decisões proferidas pela Corte Suprema em âmbito de garantia de aplicação dos direitos fundamentais, relacionando-se a influência do transconstitucionalismo na formulação dessas decisões, no intuito de se chegar a uma conclusão ou de formular uma posição geral sobre o tema em debate.

2 JURISDIÇÃO GLOBALIZADA

Na perspectiva contemporânea dos Estados soberanos, tendo em vista o fenômeno da globalização com conseqüente fortalecimento da interação econômica e sociocultural dos países, tem-se verificado que a jurisdição experimenta o diálogo com ordens jurídicas além dos limites nacionais. Isto é, cada vez mais a jurisdição torna-se também globalizada diante das diversas ordens jurídicas internacionais.

Isso, porém, não traz à tona a desconstrução da jurisdição de cada Estado soberano, mas certa desnacionalização da jurisdição, no sentido de que passa ela a ser transnacional, isto é, criada e difundida internacionalmente, em vários ordenamentos jurídicos, afetando, conseqüentemente, o papel dos tribunais (especialmente os Tribunais Constitucionais) no âmbito dos respectivos Estados.

Assim, com a integração e interligação entre os Estados no mundo globalizado, os problemas a serem resolvidos perpassam o âmbito constitucional nacional e, muitas vezes, repercutem no cenário mundial, especialmente em se tratando de questões relativas a direitos fundamen-

tais. As violações a direitos fundamentais podem não encontrar soluções eficazes quando debatidas dentro de uma única ordem jurídica estatal no respectivo território nacional.

Sabe-se que o Estado é detentor da autoridade formal interna em se tratando de jurisdição. É dizer, o Estado é a unidade política detentora da jurisdição obrigatória em seu território, dentro do qual é soberano. Entretanto, como já dito, ainda que haja soberania política e jurisdicional dentro do Estado, em tempos de pós-globalização, os processos transnacionais, em especial em se tratando de política e jurisdição, afetam o contexto institucional doméstico.

Imprescindível ressaltar que não se trata da possibilidade de um Estado soberano intervir na jurisdição de outro, uma vez que vigora no direito internacional o princípio *par in parem non habet iudicium*, isto é, entre iguais não há jurisdição, no sentido de que um Estado somente será julgado por outro Estado se aquele assim consentir.

Mas o que se traz à tona é o fenômeno recente da busca de fundamentação em decisões proferidas em ordenamentos jurídicos distintos do nacional para a formulação de decisões judiciais internas, o que torna evidente uma transnacionalização da jurisdição.

Nesse contexto, urge uma preocupação cada vez maior com a garantia da proteção aos ditos direitos humanos no cenário mundial, materializada notadamente na criação de cortes internacionais. Aqui, cabe um adendo mormente didático: a doutrina costuma denominar direitos fundamentais os direitos humanos positivados em uma Constituição.

O ordenamento jurídico brasileiro positivou na Constituição Federal de 1988 a proteção suprema à dignidade da pessoa humana ao incluí-la como fundamento da República Federativa do Brasil (Art. 1º, III, da CRFB/1988). Além disso, a Constituição Federal traz também, como princípio orientador do Estado brasileiro em suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (Art. 4, II, CRFB/1988). Assim, os direitos fundamentais devem ser conduzidos no sentido de preservar tão caro valor jurídico que é a dignidade da pessoa humana (CUNHA JR, 2015).

Nesse sentido, o Brasil aceitou a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos por meio do Decreto nº 4.463 de 08 de novembro de 2002, cujo artigo 1º, em teor literal, dispõe:

Art. 1º. É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

A submissão do Brasil à referida Corte apontou clara positividade da aceitação da jurisdição transnacional de um organismo julgador capaz de interferir na soberania interna. O Brasil seguiu o caminho percorrido por países da comunidade europeia, que aceitaram a jurisdição da Corte Europeia em relação a violações dos tratados de direitos humanos.

Como se pode notar, a globalização da jurisdição, concretizada claramente em organismos transnacionais julgadores e na já referida busca jurisprudencial em ordenamentos jurídicos alienígenas, tem como intuito primário a proteção dos direitos humanos.

Vem à tona o questionamento da pertinência da expressão “soberania do Estado” levando-se em conta sua adequação à busca da proteção dos direitos humanos. Levando-se ainda em conta que a ideia de soberania de um Estado sobre outros vigorou no período das duas grandes guerras e ainda deixou resquícios na Guerra Fria, não fica difícil entender os motivos que levaram à elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Isso porque a busca por essa proteção dos direitos humanos requer que tais direitos não permaneçam à mercê unicamente do poder estatal interno e soberano. Requer, assim, a superação da ideia tradicional de soberania, uma vez que não há mais que se falar em um poder supremo, diante do qual não exista instância superior, pois tal afetaria a realidade da garantia objetiva dos direitos humanos (JAYME, 2009).

Nessa esteira, o constitucionalismo contemporâneo, construído depois das duas Guerras Mundiais, busca guiar um mundo cada vez mais globalizado e interligado a um caminho diretamente oposto ao que causou as atrocidades cometidas naqueles tempos belicosos. Em outras palavras: o Constitucionalismo contemporâneo, através do diálogo entre jurisdições transnacionais, tem como intuito fundamental a proteção dos

direitos humanos, inicialmente positivados na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Atualmente, esta proteção é mais urgente em âmbito interno de cada Estado, tendo em vista as mais altas instâncias judiciais de cada país estarem empenhadas nesse processo de proteção em face do próprio poder público. Entretanto, para que isso seja compreendido, faz-se necessário iniciar um apanhado histórico do surgimento do constitucionalismo.

3 CONSTITUCIONALISMO: UM BREVE HISTÓRICO

Inicialmente, é importante conceituar constitucionalismo. A palavra constitucionalismo deve ser entendida em seus dois sentidos: em sentido amplo, relaciona-se ao fato de cada Estado possuir sua constituição em determinada época, independentemente do regime político ou do ordenamento jurídico que adote; em sentido estrito, é a possibilidade de os cidadãos exercerem seus direitos e garantias fundamentais sem que possa o Estado oprimi-los de forma arbitrária (BULOS, 2015).

O conceito de constitucionalismo vincula-se à importância da Constituição, uma vez que é através dela que o constitucionalismo busca realizar o ideal de liberdade humana, tentando a criação de meios necessários que possam controlar e limitar o poder político do Estado (CUNHA JR, 2015).

Nesse sentido, Canotilho (2011) entende ser o constitucionalismo uma ideologia que busca limitar o governo, o que é indispensável para que se possa garantir os direitos humanos. Em outras palavras, ao limitar o poder, o constitucionalismo adquire fins garantísticos.

A doutrina costuma dividir o constitucionalismo em fases, das quais trataremos de forma breve a seguir.

O Constitucionalismo na antiguidade clássica subdivide-se em Hebreu, Grego e Romano. O constitucionalismo Hebreu lastreava-se no estado teocrático, em que a lei de Deus era a lei maior. O Constitucionalismo Grego adotava a ideia de democracia, lastreada na igualdade entre cidadãos, conceito este que abrangia a poucos gregos. Por fim, o Constitucionalismo Romano trouxe em seu seio uma fase embrionária da separação de poderes, uma vez que o poder era dividido entre os cônsules, o senado e o povo.

Posteriormente, dos Séculos XIII ao XVIII, tem-se o Constitucionalismo medieval, cujo marco foi a elaboração da “Magna Charta” (1215), dentro do Constitucionalismo inglês (ou historicista), sendo aquele o primeiro documento escrito na idade moderna em que o monarca reconhece limites ao seu poder. Observe-se que a “Magna Charta” foi um contrato de domínio entre o rei britânico e barões do reino. Ainda no constitucionalismo inglês, temos como documentos importantes: “Petition of Rights” (1628), “Habeas Corpus Act” (1679); e “Bill of Rights” (1689), sendo o primeiro documento de origem parlamentar (ao contrário da “Magna Charta”, que não teve origem parlamentar) a limitar os poderes do monarca.

O constitucionalismo adquiriu consistência como movimento jurídico, político e cultural no final do Século XVIII, iniciando-se a fase do Constitucionalismo Moderno. Foi inaugurado pelo advento das Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791). O constitucionalismo moderno perdurou no mesmo período do pós-positivismo jurídico, e representou a reaproximação entre os fundamentos éticos da vida humana e o Direito, tendo reconhecido também a face principiológica do Direito.

A atual fase do constitucionalismo é apontada na doutrina sob a denominação de Constitucionalismo Contemporâneo. Caracteriza-se por constituições geralmente extensas, analíticas, consagradoras de ideais pós-positivistas. Exemplo claro é a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

O Constitucionalismo Contemporâneo costuma ser dividido em dois: o neoconstitucionalismo e o transconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo surge na Europa, no período pós Segunda Guerra Mundial. A doutrina costuma apontar que não há uma data rigorosa que registre o nascimento do neoconstitucionalismo, chegando alguns autores a afirmar tratar-se apenas do constitucionalismo contemporâneo com outro nome (BULOS, 2015).

Pode-se apontar como características do neoconstitucionalismo: a promoção da constitucionalização de normas anteriormente infralegais; o empoderamento da força normativa da Constituição, que embasa o abandono do Estado Legislativo de Direito para a adoção do Estado Constitucional de Direito. A Constituição passa a ter eficácia jurídica vinculante e obrigatória, sendo hierarquicamente a norma superior do ordenamento jurídico. Opera-se, portanto, a subordinação da legalidade

à Constituição, de tal forma que uma norma somente será válida se em conformidade com ela.

Cunha Júnior (2015) ressalta que as Constituições agora trazem em seu corpo “textos de valores (especialmente associados à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais) e opções políticas gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a obrigação de o Estado prestar serviços [...])”. Assim, as Constituições buscam a proteção da dignidade da pessoa humana, a efetivação de direitos fundamentais e a promoção do bem-estar social, fazendo, nesse intuito, uma verdadeira expansão e irradiação dos valores constitucionais por todo o sistema jurídico.

O transconstitucionalismo, segundo Bulos (2015, p. 90), “é o fenômeno pelo qual diversas ordens jurídicas de um mesmo Estado, ou de Estados diferentes, se entrelaçam para resolver problemas constitucionais”. O autor ressalta que não é o fato de ordens jurídicas distintas se entrelaçarem que constitui na novidade do transconstitucionalismo, pois isso já existia em pactos como o Tratado de Westfália de 1648. A novidade do transconstitucionalismo, para Bulos (2015), consiste no modo como dialogam os ordenamentos jurídicos, pois Estados diferentes abrem mão de sua soberania a fim de solucionar problemas constitucionais internos, entrelaçando-se a fim de estabelecer normas jurídicas supranacionais.

Tendo em vista o constitucionalismo contemporâneo visar solucionar a dicotomia entre proteção aos direitos humanos, de um lado, e limitação à atuação do poder estatal, de outro, essa discussão ganha proporção internacional, passando a habitar diversas ordens jurídicas, que buscam umas nas outras soluções para problemas internos envolvendo direitos humanos. É o que gera uma *relação transversal permanente* entre as diversas ordens jurídicas. Este conceito adotado por Neves (2009) em sua obra é a principal característica do transconstitucionalismo.

O transconstitucionalismo não versa sobre a criação de uma Constituição universal, tampouco sobre um constitucionalismo internacional. Na verdade, aborda a existência de problemas jurídico-constitucionais, geralmente relacionados a direitos humanos, que são comuns aos diversos ordenamentos jurídicos, portanto a vários Estados. É por isso que se faz necessário um diálogo entre as ordens jurídicas no intuito de que sejam alcançadas soluções harmônicas a problemas semelhantes.

Portanto, no transconstitucionalismo, o objetivo é a superação do apego às ordens constitucionais nacionais e aos seus limites para a integração e interligação entre ordens constitucionais transnacionais, no intuito claro de solucionar problemas comuns. Este é o chamado transconstitucionalismo *stricto sensu* ou propriamente dito, o qual ocorre entre ordens jurídicas de diferentes Estados. Importante observar que, mesmo entrelaçando-se duas ou mais ordens jurídicas, continuam elas a manter a independência inerente a cada uma.

Já em sentido amplo, ou *lato sensu*, o transconstitucionalismo verifica-se principalmente em federações, ocorrendo o diálogo entre entes federados. Trazendo para a Federação brasileira, isto se dá na possibilidade que os entes federativos têm de dialogar entre si (estado com estado, estado com município etc.), principalmente para eliminar ou solucionar harmonicamente problemas constitucionais. Essa ideia de transconstitucionalismo interno é também conhecida como transconstitucionalismo jurídico (BULOS, 2015).

Porém, o objeto da presente pesquisa é o transconstitucionalismo em sentido estrito.

Na sociedade contemporânea que se desenvolve de forma complexa, tornou-se imprescindível, diante da atual face do constitucionalismo, que o Supremo Tribunal Federal brasileiro trabalhasse à luz de um diálogo aprofundado com cortes transnacionais.

Isso porque, conforme se verificará nesta pesquisa, a Corte Suprema brasileira constantemente tem recorrido a decisões de ordenamentos jurídicos exteriores, as quais têm servido como ponto de apoio para a racionalidade de decisões adotadas pelo tribunal pátrio.

Antes, porém, é importante tratar da adoção do transconstitucionalismo pelo nosso ordenamento jurídico, de que forma ocorre este fenômeno e onde encontra base para se desenvolver.

4 O TRANSCONSTITUCIONALISMO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No âmbito do transconstitucionalismo em sentido estrito, verifica-se que a interlocução entre ordens jurídicas pode ocorrer de diversas formas, uma vez que os problemas constitucionais são inú-

meros, nos quais se incluem os relativos a direitos humanos. Dentre as formas, pode ocorrer por diálogo e conversação entre ordens jurídicas nacionais distintas, formando uma espécie de jurisprudência internacional, quando, por exemplo, um Tribunal nacional decide conforme têm decidido órgãos internacionais ou mesmo Cortes Supremas de outros Estados.

Ainda, pode essa interlocução se dar por meio de sujeição voluntária de ordenamentos jurídicos a Tribunais Internacionais. É o que ocorre com o Brasil, que se sujeitou à competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como já mencionado, e também ao Tribunal Penal Internacional (por meio do Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002, que aprovou o Estatuto de Roma). Observe-se que tanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos como o Tribunal Penal Internacional possuem instrumentos jurídicos internacionais formais, quais sejam, respectivamente, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o Estatuto de Roma. Dessa forma, ao se vincular a estes órgãos, o Brasil aceitou que sua norma maior, isto é, a Constituição, passasse a dialogar com os referidos instrumentos jurídicos internacionais.

Aqui cabe uma importante anotação: conforme prevê o art. 5º, §3º, da Constituição Federal, os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais. Para sanar dúvidas, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, em sessão realizada em 03 de dezembro de 2008, de que têm status de normas supralegais (portanto, acima das normas infralegais, mas abaixo da Constituição) os tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados de forma não idêntica à disposta no art. 5º, §3º, da Constituição.

Firmando sua filiação à teoria kelseniana, o ordenamento jurídico brasileiro, no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, deixou clara a posição ocupada pela Carta Magna: o ápice da pirâmide normativa do ordenamento jurídico. Assim, ainda que a Constituição Federal venha a dialogar com ordenamentos jurídicos exteriores ou passe a permitir a entrada no ordenamento pátrio de instrumentos jurídicos internacionais, estes nunca ocuparão posição superior à própria Constituição, não importando a forma como sejam incorporados.

Acerca dessa supremacia Constitucional, Barroso (2008, p. 161) traz importante elucidação:

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental. [...] A supremacia da Constituição manifesta-se, igualmente, em relação aos atos internacionais que devam produzir efeitos em território nacional.

Isso dá margem ao seguinte questionamento: Afinal, o Brasil aderiu ou não ao movimento do transconstitucionalismo?

A resposta, por mais contraditório que possa soar de início, é afirmativa. O transconstitucionalismo encontra-se presente no nosso ordenamento jurídico de forma cada vez mais visível nos anos recentes.

O doutrinador Neves (2009) foi um dos primeiros a empregar o termo “transconstitucionalismo” em obra que leva o mesmo nome do movimento.

Neves (2009) identificou que a Constituição não pode ser entendida como mero texto que reúne normas políticas e jurídicas, mas sim como mecanismo de racionalidade transversal entre política e direito. Dessa forma, levando em conta o entrelaçamento de ordens jurídicas no mundo globalizado, o autor constatou que problemas surgidos na sociedade contemporânea nem sempre podem ser resolvidos apenas dentro do mesmo ordenamento jurídico, havendo a necessidade de diálogo transnacional entre ordenamentos, o que é a ideia central do transconstitucionalismo.

Portanto, ainda que não confira status superior ao da Constituição, mas inferior, o Brasil, ao adotar normas jurídicas internacionais como de cumprimento obrigatório dentro de seu ordenamento, mostrou-se caminhando na esteira do movimento transconstitucionalista.

Ademais, não só pela positivação de tais normas, mas pela atuação da Suprema Corte brasileira que, por muitas vezes, em seus julgados, busca soluções em posicionamentos adotados em ordenamentos jurídicos exteriores.

5 O TRANSCONSTITUCIONALISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Até aqui, já resta consolidado o entendimento de que o transconstitucionalismo (em seu sentido estrito) significa a utilização, na prática constitucional de um determinado Estado, de argumentos, teorias e decisões judiciais oriundos de ordenamentos jurídicos de outros Estados ou de instâncias supranacionais ou internacionais.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, especialmente no âmbito dos direitos fundamentais, corriqueiramente utiliza-se de noções colhidas de decisões providas da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, do Tribunal Constitucional Alemão, de Tribunais Internacionais, de Instâncias das Nações Unidas (ONU) etc.

Em matéria de direitos humanos positivados na Constituição Federal – os chamados direitos fundamentais –, já foram proferidas pelo Supremo Tribunal decisões de grande relevância em observância à jurisprudência constitucional internacional, o que se verifica não apenas nos votos singulares dos Ministros julgadores, como também expressamente em Ementas e Acórdãos (NEVES, 2014).

A seguir, colaciona-se importantes julgados proferidos pela Suprema Corte brasileira versando sobre violação a direitos fundamentais, como racismo, violação à liberdade individual, tortura etc., confirmando a adoção do transconstitucionalismo no ordenamento jurídico pátrio:

I) Habeas Corpus 82.424/RS (Julgamento: 17/09/2003): O Supremo Tribunal Federal considerou como crime de racismo a publicação de obra que negue a existência do holocausto, recorrendo ao direito estrangeiro, ocorrendo, aí, diálogo transconstitucional, em que o ordenamento pátrio buscou decisões em ordenamentos jurídicos exteriores.

Principais pontos da Ementa:

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

[...] 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. [...] 6. **Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais**, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islamofobia” e o anti-semitismo. [...] 9. **Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.** (grifo nosso).

II) Recurso Extraordinário 349.703/RS (Julgamento: 03/12/2008): revendo seu posicionamento anterior, o Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, ao mesmo tempo em que solidificou novo entendimento segundo o qual os tratados internacionais sobre direitos humanos subscritos pelo Brasil gozam de status supralegal, isto é, hierarquicamente acima das normas infraconstitucionais, porém abaixo da Constituição Federal (desde que não aprovados na forma do Art. 5º, §3º, da Constituição, quando, então, serão equivalentes a emendas constitucionais). Assim, ao rever seu antigo entendimento levan-

do em consideração o disposto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 11) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 7º, 7), ambos os diplomas aderidos pelo Brasil, a Suprema Corte buscou em duas normas internacionais soluções para um conflito constitucional interno, mostrando adesão ao transconstitucionalismo.

Principais pontos da Ementa:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. (...) RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (grifo nosso).

III) Recurso Extraordinário nº 511961 (Julgamento em 17 de junho de 2009): O Supremo Tribunal Federal, ao tratar da exigência do diploma de curso superior para o exercício da profissão de Jornalista, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a referida exigência afronta a liberdade de imprensa, uma das faces do direito fundamental à liberdade de expressão. O Supremo tomou por base o entendimento da Corte

Interamericana de Direitos Humanos exposto na Opinião Consultiva nº 5. Assim, em diálogo transconstitucional com norma jurídica internacional, a Corte Suprema entendeu que o artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei 972/1969, editado sob o regime militar, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e que fere a liberdade de imprensa e o direito à livre manifestação do pensamento, previstos no artigo 13 da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

IV) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (Julgamento: 29 de abril de 2010): aqui o diálogo transconstitucional não é em âmbito internacional, mas em âmbito temporal. Isto é, o Supremo Tribunal Federal buscou apoio nas Constituições anteriores adotadas pelo Brasil para decidir pela recepção da Lei da Anistia (Lei 6.683/1979) pela Constituição Federal de 1988. A citada lei concede anistia aos autores de crimes políticos ou conexos praticados entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Assim, em diálogo transconstitucional temporal interno, a Corte entendeu, conforme se verifica nos principais pontos da Ementa, colacionados a seguir, que a Lei da Anistia:

(...) Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 – e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição – que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. (...) 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem

constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988 (...). A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. (...) Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. (...) Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura. (ADPF 153, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010).

Não se pode olvidar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no “Caso Gomes Lund e outros”, condenou o Brasil pelo desaparecimento de 62 (sessenta e duas) pessoas durante a Guerrilha do Araguaia (1967-1974), portanto no período compreendido pela Lei da Anistia para a concessão de anistia a autores de crimes políticos e conexos.

Vislumbra-se que, diante desse conflito entre a decisão de um Tribunal Internacional a cuja competência o Brasil se submete e a decisão pátria proferida pela Corte Suprema, ocorre também a aplicação do transconstitucionalismo. Isso porque ainda que se esteja a versar sobre sistemas que deveriam conviver em harmonia, tendo em vista a possibilidade de aplicação contenciosa da decisão interamericana sobre o ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal, no que se poderia chamar de um diálogo negativo, ainda não reconheceu a prevalência da referida decisão da Corte Interamericana. Dessa forma, pode o Brasil estar sujeito ao Tribunal Penal Internacional, para que se efetive a punição dos crimes discutidos.

Esses são apenas alguns dentre vários julgados proferidos pela Suprema Corte pátria manifestando-se claramente pela adoção do transconstitucionalismo. Outros podem ainda ser rapidamente citados: a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112/DF (2007), cuja decisão, recorren-

do a decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Alemão, declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 do Estatuto do Desarmamento; a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF (2008), em cujo julgamento, pautado por levantamentos sobre o disposto no ordenamento jurídico de outros Estados acerca do mesmo tema, decidiu-se pela utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas terapêuticas.

Portanto, dúvidas não restam sobre a presença do fenômeno do transconstitucionalismo em importantes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Essa busca pela conversação com ordenamentos jurídicos externos traz significativos debates ao ordenamento pátrio, tendo em vista não apenas a uma harmonização, como também a mudança progressista em entendimentos jurídicos tidos como retrógrados diante da evolução da interligação das sociedades e culturas, entendimentos estes que, patriamente, podem aos poucos ser alterados pelo guardião da constituição, isto é, pela Suprema Corte brasileira, notadamente ao versar sobre direitos fundamentais.

6 CONCLUSÃO

Diante do fenômeno da globalização, que, como se percebeu, ocorre também em se tratando do âmbito jurisdicional, nota-se que o mundo vive em uma sociedade multicêntrica, que paulatinamente se desapega dos ideais de soberania territorial absoluta de seus Estados no intuito de ser uma inevitável sociedade global.

Consequentemente, as ordens jurídicas se entrelaçam, e problemas constitucionais passam a ser compartilhados e dialogados em conjuntos, em especial no que tange a direitos fundamentais.

No Brasil, cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição da República, sendo ainda este órgão a última instância do judiciário. Assim, a Corte tem caminhado nos rumos do transconstitucionalismo, como explanado. No entanto, ainda há ressalvas.

Observou-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da incorporação de tratados e convenções internacionais ao Direito brasileiro é que o sejam com status de norma supralegal ou equipara-

dos a emendas constitucionais. Portanto, a interpretação que a Suprema Corte confere a essas normas deixa clara a visão de que a Constituição vigente é que detém a última palavra, isto é, é ela que prevalece sobre qualquer espécie normativa que seja incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, há quem coloque o Brasil na “pré-história” da garantia dos direitos humanos (JAYME, 2009), uma vez que a Constituição Federal pode se impor, dentro dos limites nacionais, a qualquer norma internacional.

Ademais, há que se ventilar a ideia de que a frequente busca por jurisprudência de outros Estados pode acabar produzindo um verdadeiro sentimento de constitucionalismo provinciano, segundo o qual o ordenamento jurídico pátrio seria inferior ou mesmo atrasado em relação a outros. Os julgadores brasileiros passariam, então, a importar modelos jurisprudenciais e doutrinários, produzidos em ambientes sociais, culturais, jurídicos e econômicos diferentes e que, no nosso ordenamento, se tornariam inadequados, fora de lugar. Para que o transconstitucionalismo não se sirva a isso, é fundamental que adaptações sejam feitas quando da transplantação de entendimentos transnacionais por julgadores locais. Não só isso: uma vez que o transconstitucionalismo não se presta a promover a submissão de um ordenamento a outro, mas interligação e diálogo, é necessário que se busque em jurisdições outras uma cooperação construtiva, a fim de garantir com mais consistência o conteúdo dos direitos fundamentais, o que amplia o repertório local, uma vez que uma Constituição, por mais ampla que seja (como o é a brasileira) não é capaz de prever todos os problemas que possa um Estado enfrentar.

Ainda é possível apontar outros obstáculos práticos para a adoção do transconstitucionalismo. De fato, se por um lado se entende que a globalização é inevitável e cada vez mais forte, por outro se nota que, em geral, os Estados possuem interesse em manter sua soberania, não estando totalmente dispostos a terem seus ordenamentos penetrados por ordenamentos externos.

Mas a realidade é que nunca se falou tanto em proteção a direitos fundamentais como nos tempos atuais. A ascensão da busca pela garantia desses direitos fez surgir a inafastável necessidade de se vestir de caráter relativo a ideia de soberania dos Estados, em prol de uma chamada justiça global.

Não é que se busque derrubar a ideia territorialista de soberania, mas repensá-la política e juridicamente na incansável luta pela defesa dos direitos fundamentais, mediante cooperação voluntária entre os Estados.

Desse modo, a jurisdição em sua concepção clássica é também repensada, uma vez que, em sede de transconstitucionalismo, é trabalhada sob a luz de um diálogo aprofundado entre cortes transnacionais, havendo a necessidade de que a jurisdição nacional seja legitimada também em suas repercussões internacionais, sendo esse processo formulador de uma rede global no intuito da transformação dos direitos humanos em cada ordenamento jurídico em direitos fundamentais, isto é, em direitos positivados e, de fato, garantidos pelo Estado e pelas constituições.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

_____. **Decreto nº 4.463 de 08 de novembro de 2002**. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

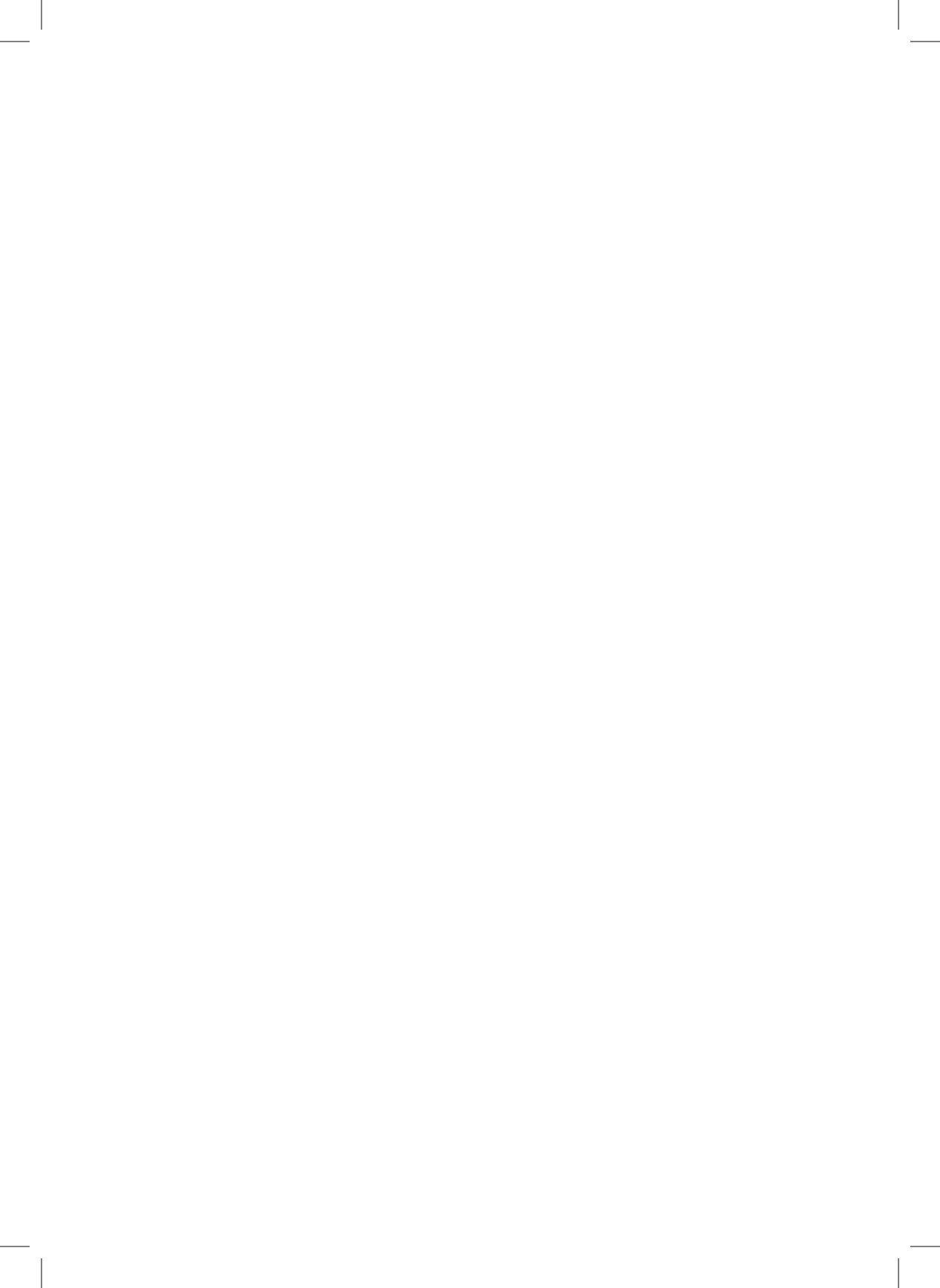
CUNHA JR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

JAYME, Fernando Gonzaga. A relação entre o sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Interno. In: MACIEL, Ademar Ferreira (Org.). **Estudos de direito constitucional**: homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502958/001002791.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

**DIREITO
PROCESSUAL
CIVIL**



O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN E O MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Samara Viana Corrêa**

Resumo: O novo Código de Processo Civil, a Lei nº 13.105/2015, estabeleceu o desafio de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, instituindo o microssistema de precedentes do Direito Brasileiro. No entanto, corre-se um grande risco se a tese dos precedentes for mal aplicada, uma vez que uma súmula ou a uma ementa jurisprudencial não pode prever, de forma antecipada, todas as hipóteses de aplicação. A teoria de Ronald Dworkin oferece elementos interessantes para o início de uma reflexão acerca do microssistema de precedentes. Para Dworkin, o Direito é analisado como uma prática interpretativa, combinando elementos voltados para o passado e para o futuro, num processo de desenvolvimento contínuo. A partir da metáfora do juiz Hércules, Dworkin estabelece a tese da resposta correta, que corresponde à melhor justificativa de um conjunto de proposições de Direito aplicada a um caso concreto. Consiste, portanto, na busca pela melhor interpretação para o caso sob análise judicial, levando-se em consideração o Direito como integridade, no qual o Ordenamento Jurídico é o conjunto coerente de princípios, que possibilita a aplicação de regras implícitas descobertas entre as demais regras jurídicas. Sob as reflexões dworkinianas, os dispositivos do NCPC devem ser interpretados com uma postura hermenêutica para a formação de um processo democrático e participativo de decisão embasado pelo contraditório e fundamentação dinâmicos na busca pela decisão correta. Dessa forma, o NCPC impõe que os precedentes sejam analisados como textos, dos quais exige-se interpretação, devendo o magistrado explicitar, na análise judicial, os fundamentos determinantes e demonstrar como o caso em julgamento se ajusta aos fundamentos do precedente. Em outras palavras, impõe a aplicação da intersubjetividade inerente ao contraditório participativo (art. 10, NCPC), bem como do ônus argumentativo das decisões judiciais (art. 489, § 1º, NCPC). Então, os precedentes não dão fim às discussões jurídicas, num

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduada em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Campus Virtual). Assessora de Promotor de Justiça do Ministério Público Estadual do Maranhão.

esgotamento argumentativo, ensejando a mesma abstratividade e generalidade de uma lei e a aplicação mecânica para as causas repetitivas. Pelo contrário, o microsistema de precedentes previsto no NCPC torna o sistema jurídico mais complexo, uma vez que não vai poupar o julgador do trabalho hermenêutico na análise do caso concreto, ao menos que ele não leve a sério sua tarefa.

Palavras-chave: Ronald Dworkin. Direito como integridade. Novo Código de Processo Civil. Microsistema de precedentes.

Abstract: The new Code of Civil Procedure, Law 13.105 / 2015, set the challenge of standardizing jurisprudence and maintaining it stable, complete and coherent, establishing the microsystem of precedents of Brazilian Law. However, there is a great risk if the thesis of precedents is misapplied, since a summary or a case-law can not foresee all cases of application in advance. Ronald Dworkin's theory offers interesting elements to begin a reflection on the microsystem of precedents. For Dworkin, Law is analyzed as an interpretive practice, combining past and future elements in a process of continuous development. From the metaphor of Judge Hercules, Dworkin establishes the thesis of the correct answer, which corresponds to the best justification of a group of Law propositions applied to a concrete case. It consists, therefore, in the search for the best interpretation for the case under judicial analysis, taking into account the Law as integrity, in which the Legal System is the coherent set of principles, which allows the application of implicit rules discovered among the other legal rules. Under the Dworkinian reflections, the NCCP provisions should be interpreted with a hermeneutical posture to form a democratic and participatory decision-making process based on the contradictory and dynamic grounding in the search for the correct decision. Thus, the NCCP requires that precedents should be analyzed as texts, of which interpretation is required, and the magistrate should explain, in judicial analysis, the determinant grounds and demonstrate how the case in judgment conforms to the grounds of precedent. In other words, it imposes the application of the intersubjectivity inherent to the participatory contradictory (article 10, NCCP), as well as the argumentative burden of judicial decisions (article 489, § 1, NCCP). Therefore, precedents do not end the legal discussions in an argumentative exhaustion, yielding the same abstractiveness and generality of a law and the mechanical application to repetitive causes. On the contrary, the microsystem of precedents provided by the NCCP makes the legal system more complex, since it will not spare the judgmental hermeneutic work in the analysis of the concrete case, unless it does not take its task seriously.

Keywords: Ronald Dworkin. Law as integrity. New Code of Civil Procedure. Microsystem of precedents.

1 INTRODUÇÃO

O art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal estabelece o princípio da inafastabilidade da jurisdição, determinando que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Toda pessoa que busca o Poder Judiciário objetiva uma solução justa e adequada à sua demanda. Mas, o que dizer quando problemas jurídicos idênticos recebem soluções diferentes?

Atualmente, observa-se que muitos juízes desenvolvem sua atividade decisória de modo discricionário, apresentando soluções diferentes para casos idênticos. Outrossim, muitos tribunais uniformizam seus entendimentos por meio de súmulas e precedentes, os quais são posteriormente aplicados sem considerar as particularidades do caso concreto paradigma, seja pela análise parcial de argumentos, seja pela escolha aleatória do entendimento a ser seguido, sem considerar o debate processual.

Nesse cenário, foi publicado o novo Código de Processo Civil, a Lei nº 13.105/2015, que traz em seu bojo o desafio de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. O artigo 926 e seguintes do Novo Código de Processo Civil (NCPC) estabelecem o microsistema de precedentes do Direito Brasileiro. Os dispositivos do NCPC enfatizam a necessidade de um processo democrático e participativo de formação decisória embasado no contraditório e fundamentação dinâmicos na busca pela decisão correta.

Com efeito, os artigos 926 ao 928 do NCPC devem ser lidos sob a luz de outros dispositivos do mesmo diploma legal, como os artigos 7 ao 10 e 489. Tais dispositivos, se observados, implicarão na modificação do atual contexto de instabilidade jurisprudencial, em que juízes e tribunais desprezam seus julgados e decidem discricionariamente.

Desse modo, o desafio não acaba com a formulação de súmulas e precedentes. Na verdade, o juiz deve buscar a melhor resposta ao caso concreto, levando em consideração as circunstâncias e a fundamentação do caso paradigma, bem como as características da autoridade que decidiu anteriormente.

Sabe-se que a preocupação dos julgadores deve ser analisar cada caso concreto conforme as suas peculiaridades, a partir de um processo contraditório e democrático, devendo uniformizar a jurisprudência tão somente em casos concretos idênticos. Deve-se respeitar a história ins-

titucional, analisando-se a cadeia decisória, considerando o *leading case* (decisão que criou o precedente) e o *ratio decidendi* (fundamentos determinantes) da decisão.

Assim, a busca pela decisão correta deve ser a preocupação dos juristas, razão pela qual a Teoria do Direito como Integridade proposta por Ronald Dworkin será esteio para o início de uma reflexão acerca do microsistema de precedentes estabelecido no novo Código de Processo Civil.

Ronald Dworkin foi um dos grandes filósofos do Direito dos séculos XX e XXI. Desenvolveu suas ideias com foco na hermenêutica e na teoria da decisão, destacando-se questões como a definição de princípios jurídicos, a forma de resolução de casos difíceis, o alcance e o conteúdo do direito, a teoria da integridade, destacando-se a resistência à discricionariedade na atividade decisória dos juízes.

Para o autor, a atividade criativa do magistrado de criar direito novo e aplicá-lo retroativamente ao caso concreto, ao encontrar uma lacuna no Ordenamento Jurídico, não refletia os ideais de uma Sociedade Democrática de Direito. Para afastar a função criativa dos tribunais, o autor desenvolveu a Teoria da Integridade, utilizando-se da metáfora do Juiz Hércules, para analisar a atividade do Juiz, cujo compromisso deve ser aplicar o Direito como um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, o qual deve ser justo e equânime a todas as pessoas.

Destarte, deve-se adotar uma postura hermenêutica na aplicação dos precedentes no NCPC, de modo que o pensamento dworkiniano pode nos dar um bom caminho iniciar uma análise sobre suas potencialidades e riscos”. Eis o objetivo do presente artigo, contudo, sem a pretensão de exaurir a temática.

2 O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

A Teoria do Direito desenvolvida por Ronald Dworkin concebe o Direito como integridade, a qual se opõe às ideias do convencionalismo e do pragmatismo. O convencionalismo propõe que o Direito possui regras explícitas e, caso sejam imprecisas, os julgadores poderão decidir de modo discricionário. Já o pragmatismo defende a concepção de direito “sem direito”, de modo que os juízes têm a incumbência de decidir pros-

pectivamente, de acordo com o que parecer melhor para a comunidade (OLIVEIRA, 2009).

Nessa perspectiva, Dworkin propõe uma teoria alternativa, denominada princípio da integridade, objetivando analisar como os indivíduos podem ter direitos que não estão contidos em decisões ou práticas sociais inequívocas. Em suas palavras, Dworkin (2007, p. 271) aduz:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.

O direito, pois, é analisado como uma prática interpretativa, combinando elementos voltados para o passado e para o futuro. Dessa forma, a prática jurídica é uma atividade dinâmica, envolta num processo de desenvolvimento contínuo, uma vez que as proposições de Direito exigem a interpretação da história jurídica, combinando elementos descritivos e valorativos, ao mesmo tempo em que se diferencia destes elementos. (DWORKIN, 2005, p. 219).

Os juízes reconstroem a história institucional à luz dos princípios de moralidade política: justiça, equidade e devido processo legal. Para tanto, sustentam-se na personificação da comunidade política, que será a fiel guardiã da justiça e da equidade, aplicando o princípio da integridade, que é a chave para a melhor interpretação construtiva das práticas jurídicas.

Integridade, pois, é uma virtude política que se refere ao compromisso de que o governo aja com todos os seus cidadãos de modo coerente e fundamentado em princípios, a fim de estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade (DWORKIN, 2007, p. 201).

Tal virtude se divide em dois aspectos: integridade na legislação e integridade na aplicação do direito. A integridade na legislação “pede aos que criam o Direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios”; enquanto a integridade no julgamento “pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido” (DWORKIN, 2007, p. 203)

Sob o enfoque legislativo, a integridade impõe ao Parlamento a tarefa de tornar coerente o conjunto de leis do Estado durante a produção legislativa. Assim, protege a sociedade da parcialidade, da fraude e de outras formas de corrupção, evitando tratamento diferente para cidadãos em situações iguais (DWORKIN, 2007, p. 229).

Por sua vez, a integridade na aplicação do direito, ponto de destaque neste artigo, contribui para a eficiência do Direito, na medida em que se considera que as pessoas são governadas por regras explícitas e outras regras implícitas. Tais regras implícitas decorrem de decisões políticas tomadas no passado, de modo que o conjunto de normas públicas pode expandir-se e se contrair organicamente, conforme as circunstâncias, sem um detalhamento dos possíveis pontos de conflito na legislação ou jurisprudência (DWORKIN, 2007, p. 229).

Dito de outra forma, a integridade estabelece que os juízes respeitem o Ordenamento Jurídico como conjunto coerente de princípios, o que possibilitará a aplicação de regras implícitas descobertas entre as demais regras jurídicas (COSTA, 2011). Assim, o sistema de princípios que justificaram determinada decisão no passado é essencial para a continuidade do desenvolvimento do sistema jurídico.

Como resultado, “o magistrado que aceitar a integridade, perceberá os direitos genuínos dos litigantes”, cuja causa será julgada com “base na melhor concepção das normas elaboradas pela comunidade, em uma dada época histórica. A integridade exige que essas normas sejam coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz, a da comunidade corporificada”. (COSTA, 2011).

Para explicar a tarefa do juiz que aceita a integridade, Dworkin estabelece uma comparação entre direito e literatura, criando a metáfora do romance em cadeia, no qual um grupo de escritores produz um romance em série. Para tanto, cada romancista interpreta os capítulos que foram escritos anteriormente por outros romancistas, de modo que deve extrair do texto já escrito uma unidade significativa, mantendo-a no ca-

pítulo por ele a ser escrito. Ao final, o romance deverá parecer ter sido escrito por um único autor.

Em analogia, o trabalho do juiz é como o de um romancista em cadeia. Nas palavras de Dworkin (2005, p. 237-238):

Decidir casos controvertidos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. [...]. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por outros juízes, de estilos e filosofias diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.

Ao realizar essa tarefa, o escritor deve se atentar para duas dimensões: a de adequação e a de ajuste ou a compatibilização com o material que lhe for entregue. Na dimensão de adequação, o romancista deve observar os aspectos estruturais fundamentais do texto interpretado, de modo que o capítulo a ser escrito não perca a continuidade. Já a dimensão do ajuste exige o julgamento das possíveis interpretações, verificando qual

delas melhor se ajusta à obra em desenvolvimento, depois de observadas todas as perspectivas da questão (COSTA, 2011).

No Direito, a dimensão da adequação relaciona-se à “exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável” (DWORKIN, 2007, p. 305). Seria, portanto, incompatível uma interpretação que negasse a supremacia legislativa ou proclamasse um princípio contrário ao Ordenamento Jurídico.

Dworkin (2007, p. 305) assevera que “esse limiar, eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça”.

A dimensão da substância é o conteúdo da decisão, que deverá ser a melhor resposta possível para o caso concreto, considerando a harmonia entre a justiça, equidade, segurança jurídica e demais princípios.

É nesse âmbito que o Dworkin estabelece a tese da resposta correta, que corresponde a melhor justificativa de um conjunto de proposições de Direito, o qual fornece o melhor argumento se comparado a outras justificativas, de modo que sempre haverá um princípio no qual o juiz fundamentará sua decisão (OLIVEIRA, 2009).

Considera-se, nesse ponto, que não se trata de um método rigoroso e específico para alcançar uma única e última resposta concebida no mundo jurídico. Na verdade, consiste na busca pela melhor interpretação para o caso concreto, levando-se em consideração a integridade do Direito. Consoante aduz Oliveira (apud JUNG, 2009):

É sobretudo uma questão de postura ou atitude, definidas como interpretativas e auto-reflexivas, críticas, construtivas e fraternas em face do Direito como integridade, dos direitos individuais compreendidos como trunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por esse exigida; uma questão que, para Dworkin, não é metafísica, mas moral e jurídica.

Para exemplificar a atividade judicial, Dworkin (2007, p. 287) utiliza a metáfora do juiz Hércules, responsável por desvendar a complexa estrutura do Direito como integridade. Hércules é um “juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas”.

Hércules aceita a integridade do Direito, razão pela qual “dirige seus julgamentos no sentido de respeitar as decisões do passado, interpretando-as com o intuito de construir uma teoria política suficientemente abrangente que justifique a prática jurídica como um todo de acordo com a melhor luz dos princípios políticos” (OLIVEIRA, 2009). E assim, o juiz imaginário estabelece uma Teoria do Direito que inclui os precedentes, a legislação e a Constituição, a partir de um sistema de princípios conexos entre si.

O juiz de Dworkin não pode simplesmente tomar uma posição entre a literalidade do texto vinculada ao passado e a ‘realidade social’ ou os ‘interesses e valores contemporâneos’. Hércules faz a intermediação entre o passado e o presente, interpretando não só o texto da lei, mas o processo que se inicia antes que o texto se transforme em lei, o que se estende para muito além desse momento (OLIVEIRA, 2009).

No entanto, o juiz rejeita a busca pela intenção dos legisladores, como se pudesse ser apreensível a partir do texto. Rejeita também a intenção da lei, tratada como uma “corporificação metafísica dotada de autonomia”. Na verdade, Hércules busca justificar a legislação de acordo com a combinação de princípios e a política que a integridade e a equidade exigem (JUNG, 2014).

Desse modo, o juiz somente não poderá aplicar um princípio que esteja em confronto com outros princípios, que não seja pressuposto para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras (DWORKIN, 2005, p. 15).

Assim, as decisões de Hércules devem ser coerente em dois aspectos: de justificação vertical, respeitando a hierarquia das leis, e também de justificação horizontal, analisando os juízos de valor, princípios e preceitos dogmáticos de uma comunidade política. Consoante aduz Sens (2013):

Hércules deve oferecer uma coerência de justificação vertical e também horizontal. A coerência vertical vai ser expressa pelo respeito à hierarquia das leis, pela autoridade, onde Hércules deve “organizar a justificação de princípio em cada um desses níveis, de tal modo que a justificação seja consistente com os princípios que fornecem a justificação dos níveis mais elevados.” (HABERMAS, 2003, p. 183). A coerência horizontal vai exigir de Hércules que decida de forma a abarcar os juízos de valor, princípios e

preceitos dogmáticos de uma comunidade, construindo o argumento jurídico dentro de um contexto de justificação abrangente de todos os direitos relevantes em uma comunidade, justificando a decisão em um nível em que deve ser consistente com a justificação de outras decisões oferecidas neste mesmo nível. (GÜNTHER, 2004, p. 410).

Contudo, o juiz de Dworkin não está preso ao passado e não é obrigado a seguir as decisões se verificar que há erros em algumas delas. O erro não perderá sua autoridade, mas sua força como precedente, de modo que não valerá como argumento para outros casos. Deve-se analisar qual a força que o precedente tem sobre as decisões posteriores (força gravitacional dos precedentes), distinguindo erros enraizados e erros passíveis de correção.

Erros enraizados são aqueles que possuem autoridade específica, a qual perdura ainda que haja perda de sua força gravitacional. Erros passíveis de correção são aqueles cuja autoridade específica depende da força gravitacional, de modo que não sobrevive à sua perda, razão pela qual a decisão paradigma deixará de ser um precedente.

Se uma decisão judicial anterior estiver eivada de algum erro, podendo ser criticada, tal fato revelará a sua vulnerabilidade, e então Hércules terá que demonstrar, por argumentos históricos ou pela percepção da comunidade política, que determinado princípio tem pouca força para continuar gerando decisões em determinado sentido. (SENS, 2013).

Hércules é uma metáfora, porque é dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. “Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege a comunidade.” (DWORKIN, 2007, p. 294).

No entanto, tal metáfora não deve ser invalidada, principalmente por ser “um ideal de postura auto-reflexiva e crítica na busca por atender às necessidades que implicam uma decisão judicial em um Estado Democrático do Direito” (OLIVEIRA, 2009).

Exemplifica a postura que uma sociedade democrática espera do magistrado, de modo que a postura de Hércules e o ideal da integridade

devem ser uma das metas dos juízes para alcançar o melhor desenvolvimento da atividade jurisdicional.

A integridade deve ser compreendida como um compromisso dos juristas de aplicar o Direito como um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, que também deve ser justo e equânime a todas as pessoas (DWORKIN, 2005, p. 291).

No entanto, a prática jurídica brasileira aponta para o caminho inverso da postura do juiz Hércules, uma vez que a maioria das decisões são proferidas de modo discricionário, com fundamentação vaga e imprecisa.

Nesse cenário, foi publicado o novo Código de Processo Civil, a Lei nº 13.105/2015, que traz em seu bojo o desafio de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. O artigo 926 e seguintes do Novo Código de Processo Civil estabelecem o microsistema de precedentes do direito brasileiro, que será analisado no próximo capítulo desse artigo, à luz das concepções dworkinianas.

3 DO MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O positivismo jurídico desenvolveu a tese de que não existiria uma única resposta correta no universo jurídico para determinado caso sob apreciação judicial, mas diversas decisões possíveis, uma vez que o direito não é uma ciência exata.

Com efeito, para Hans Kelsen, a norma a ser aplicada formaria uma moldura com várias possibilidades de aplicação do Direito, como resultado da interpretação cognoscitiva (BERNARDO). Dessa forma, não haveria uma única resposta correta, mas várias significações possíveis, de modo que o juiz estaria livre para escolher qual interpretação a ser aplicada, tornando tal decisão legítima, ainda que não representasse o melhor esforço para solucionar normativamente o caso concreto.

Sem dúvidas, a aplicação de tal concepção interpretativa legitima o atual quadro jurisprudencial brasileiro que cria uma pluralidade de entendimentos para situações idênticas.

Até a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (NCPC), duas posturas eram observadas nas decisões judiciais que utilizam os jul-

gados dos Tribunais como fundamento. A primeira é a repetição automática e mecânica de ementas e de súmulas, descontextualizando os fundamentos determinantes e os fatos que os formaram. A segunda postura é a prolação de julgamentos que desprezam as decisões anteriormente proferidas, analisando-se novos casos a partir de um marco zero interpretativo, desconsiderando a cadeia de decisões anteriores (NUNES, 2015).

Objetivando corrigir os atuais equívocos da ordem jurídica quanto à formação e aplicação dos precedentes, o NCPC instituiu um modelo normativo contrafático pretendendo uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Nesse ponto, pergunta-se: como a teoria da integridade de Ronald Dworkin possibilita analisar o atual cenário jurisprudencial e o desafio estabelecido no Novo Código de Processo Civil?

Inicialmente, cumpre diferenciar as espécies de precedentes estabelecidas no NCPC: precedente *estricto sensu*, jurisprudência e súmula.

Precedente *estricto sensu* é uma decisão proferida num caso concreto, que pode ser utilizada como referência para decisões futuras, uma vez que diz respeito a uma tese jurídica passível de universalização, levando-se em consideração as circunstâncias fáticas que embasaram a decisão (SILVA JUNIOR, 2016).

O termo polissêmico Jurisprudência é aqui concebido como o conjunto de decisões reiteradas e no mesmo sentido de um tribunal. Assim, faz-se necessária a reunião de um acervo estável, construído ao longo do tempo e, por tal razão, dotado de autoridade. A súmula é a síntese de precedente, que se transformou em jurisprudência dominante, constituindo um mecanismo para resolução de casos repetitivos (LOURENÇO).

Ao revés do disposto no NCPC, o precedente não foi concebido originalmente com a finalidade de regrar casos semelhantes vindouros. “Não se decidem casos com a finalidade de se gerar precedentes ou pior, objetivando “prevenir” avalanche de processos (jurisprudência defensiva).” Há, na verdade, o julgamento de casos que somente depois, na análise de outros casos, serão utilizados como *ratione decidendi*, reforçando/contrastando com determinada tese e condensando expectativas de comportamento que serão posteriormente previstos em normas jurídicas (NUNES, 2015).

No NCPC, o precedente não é identificado pela qualidade de fundamentação e pela sua tese jurídica, mas pelo seu caráter vinculante. Dessa forma, está previsto no novo diploma de processo civil precedentes

vinculantes, que são decisões eleitas pelo legislador para servir como paradigma de pronunciamentos futuros (SILVA JUNIOR, 2016).

Em outras palavras, os precedentes vinculantes no NCPC são normas gerais criadas a partir do caso concreto, extensíveis a outros casos vindouros, conforme previsão legislativa, razão pela qual se deve assegurar a aplicação de princípios como a igualdade, segurança jurídica.

O art. 927 do NCPC (BRASIL, 2015) elenca as decisões judiciais que são consideradas precedentes judiciais obrigatórios, *in verbis*:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Observa-se que possuem força vinculante não somente as decisões provenientes das Cortes Superiores, mas também as decisões proferidas no “incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, institutos criados para os tribunais inferiores, que não se confundem, ao menos não até agora, com cortes de precedentes vinculativos”. (SILVA JUNIOR, 2016).

No entanto, consoante alerta Strech (2015), “corre-se o risco de cair numa armadilha hermenêutica, se a tese dos precedentes for mal aplicada”, transcorrendo numa falácia semântica, “como se fosse possível a uma lei, a uma súmula ou a uma ementa jurisprudencial prever todas as hipóteses de aplicação de forma antecipada”. (BAHIA, NUNES, PEDRON, 2015). Nas palavras de Strech (2015):

Explico: sem um olhar hermenêutico, o novo CPC corre o risco de acumular dois positivismos: o velho

exegetismo, pela aposta em uma espécie de conceitualização (saudades da *Bregriffjurisprudenz?*), e o positivismo pós-exegético de perfil normativista, porque aposta no poder discricionário dos juízes (eis aí o protagonismo judicial).

Deve-se, então, adotar uma postura hermenêutica, superando-se posturas positivistas, de modo que o pensamento dworkiniano pode “nos dar um bom caminho sobre como compreender o microsistema de precedentes pretendido pelo NCPC e iniciar uma análise sobre suas potencialidades e riscos”.

Na verdade, a leitura atenta dos demais dispositivos do NCPC evidencia uma preocupação hermenêutica no uso desse microsistema, exigindo a aplicação da intersubjetividade inerente ao contraditório participativo (art. 10, NCPC), bem como do ônus argumentativo das decisões judiciais (art. 489, § 1º, NCPC).

Com efeito, tal diálogo normativo é exigido no § 1º, do art. 927, do NCPC, de modo que o juiz deve decidir somente após dar às partes oportunidade de se manifestarem, ainda que a matéria seja de ordem pública (art. 10 do NCPC).

Ademais, cumpre destacar que, nos termos do art. 489, §1º do NCPC, não será considerada fundamentada qualquer decisão judicial que se limitar a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. Também, a decisão que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. E, por fim, a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento também não será considerada fundamentada.

Destarte, o legislador pretendeu evitar objetivações e subsunções na aplicação dos precedentes e súmulas, impedindo que os juízes se tornassem “boca da jurisprudência”. Os precedentes são tratados como textos, dos quais exige-se interpretação, devendo o magistrado explicitar os fundamentos determinantes e demonstrar como o caso em julgamento se ajusta a tais fundamentos. Consoante aduz Silva Junior (2016):

O novo código trata os precedentes como textos, que demandam interpretação, ainda que aparentemente se esteja diante de um caso fácil, mesmo porque o caso só se mostrará fácil a partir da uma pré-compreensão, de algo que se antecipa, por meio da reconstrução da história institucional e da extração do princípio jurídico a ser aplicado ao caso concreto, ou seja, num ato de responsabilidade política e não de escolha.

Segundo Streck (2015), o poder discricionário do juiz, que estava travestido no livre convencimento, foi transformado num processo policêntrico e coparticipativo, não mais centrado na figura do juiz. Assim, a retirada do livre convencimento do sistema processual civil é uma “conquista hermenêutica sem precedentes no campo da teoria do *direite de terrae brasilis*”.

À luz do pensamento dworkiniano, o desafio é reconhecer o direito como algo criado por meio de leis, mas sem desconsiderar as decisões judiciais que foram tomadas no passado, resultando num sistema baseado em princípios jurídicos capazes de fornecer a melhor justificativa para os precedentes judiciais, para as leis e para a Constituição (BAHIA, NUNES, PEDRON, 2015).

Isso porque o direito dos precedentes é formado através de uma cadeia histórica de decisões, que vai agregando, paulatinamente, sentido e densidade à norma jurídica geral construída a partir do caso concreto (DIDIER JUNIOR, 2016). Na lição de Silva Junior (2016):

Percebe-se, pois, que a decisão a ser construída não pertence apenas ao juiz, mas carece de um processo democrático e participativo, afastando-se do protagonismo judicial e abrindo ensanchas a um policentrismo processual, onde os sujeitos do processo, juntos, construam a decisão judicial, tendo o juiz o dever de levar a sério os argumentos das partes, a tradição daquela sociedade, preservando, ainda, condições para que os próximos juízes, nos casos vindouros, possam melhorar a decisão (daquele direito em especial), abrindo possibilidade para que, no futuro, se possa analisar a correção da decisão

pretérita, confirmando ou refutando os argumentos anteriormente lançados, superando-se, assim, o positivismo jurídico pela reintrodução do mundo prático no direito.

Substitui-se a discricionariedade para dar lugar a um espaço hermenêutico e argumentativo, de modo que o juiz não está autorizado a julgar livremente. A previsão legal, sumular e de precedente deve ser considerada como uma premissa “*prima facie*” aplicável ao caso em julgamento, tornando necessário o debate processual com contraditório para que seja proferida a decisão mais adequada ao caso.

Dessa forma, merecem destaque as palavras de Bahia, Nunes, Pedron (2015):

Não há espaço para discricionariedade quando o magistrado “leva a sério” o compromisso com o direito e com o caso, em um e em outro caso, reconstituídos e discutidos pelas partes. O Direito, sejam regras, princípios, súmulas ou precedentes, não é tomado como um dado, mas como um ponto de partida sobre o qual o magistrado não pode “fugir” mas que, ao mesmo, tempo, tem claro que não há sentidos dados previamente e sim que o sentido é (re)construído quando da aplicação daqueles ao caso. [20] A interpretação do Direito não se dá como um caso isolado, mas como uma construção que vem antes daquele caso e que continuará após o mesmo. Por isso que as particularidades do caso devem guiar a (re)tomada do Direito, ao mesmo tempo em que este, ao ser solucionado, servirá de norte para outros que virão.

Destarte, o art. 926 do NCPC impõe o respeito da cadeia decisória, ao estabelecer que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Ademais, fixa que os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante, que deverão se ater às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

No entanto, Bahia, Nunes e Pedron (2015) fazem um alerta:

Se, de um lado, os Tribunais devem uniformizar entendimentos quando realmente houver tal uniformidade (e não apenas para se prevenir novos processos – jurisprudência defensiva), de outro lado, esse trabalho não acaba com a formulação de súmulas ou de precedentes de qualquer espécie. Um caso (ou vários casos reunidos em uma súmula) não deveria ser visto como precedente porque assim a lei ou o Tribunal o diz e sim por se inserir numa cadeia argumentativa que constrói o Direito e, especificamente, porque possui fundamentos relevantes que trazem em sua “*ratio decidendi*”, a explicitação de princípios que representam a “leitura sob a melhor luz” do direito.

A observância do postulado do art. 926 do NCPC possibilitará a previsibilidade da aplicação do Direito, além de estabelecer os princípios da coerência e da integridade. A coerência diz respeito a observância de princípios iguais para casos idênticos, assegurando que os diversos casos terão igual julgamento dos juízes. Já a integridade, à luz do pensamento dworkiniano, “pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido”. (STRECK, 2015).

Nesse sentido, a integridade rechaça, mais uma vez, a discricionariedade judicial ao exigir que os magistrados construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto de direitos, limitando a ação e impedindo o predomínio de crenças e ideias preconcebidos.

Outrossim, a integridade também impede a perpetuação de ideias erradas, pois os princípios da justiça, a equidade e devido processo legal impõem que os magistrados julguem o caso concreto com extremo cuidado e seriedade, e não apenas como mais um de uma série. Nesse sentido, aduz Silva Junior (2016):

Diante dessa preocupação, tem, ainda, o magistrado, que engendrar esforços para que a sua decisão seja a única correta para a resolução do caso em análise e não apenas uma entre tantas possíveis, pois a integridade não se alinha com a possibilidade de que o caso possa receber mais de uma solução, apenas

mudando-se o julgador, daí a imprescindibilidade da tese da resposta correta.

Assim, os precedentes vinculantes não devem ser aplicados de qualquer maneira, é necessária uma comparação entre o caso concreto e a *ratio decidendi* da decisão paradigmática, considerando suas particularidades. Na teoria dos precedentes, essa comparação é chamada de *distinguishing* (distinção), que constitui o método de comparação entre o caso em julgamento e o caso considerado paradigma, objetivando aplicar ou afastar o precedente. A técnica de distinção está prevista em diversos dispositivos do NCPC, tais como arts. 489, §1º, incisos V e VI, 1.037, §9º, 1.029, §1º e art. 1.043, §4º.

Há ainda a técnica de superação de precedentes *overruling* (anulação), que corresponde à revogação do entendimento paradigmático constante do precedente. Somente o órgão legitimado pode aplicar a técnica do *overruling*. Donizetti explica que:

Por essa técnica (*overruling*), o precedente é revogado ou superado em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação. O paradigma escolhido se aplicaria ao caso sob julgamento, contudo, em face desses fatores, não há conveniência na preservação do precedente.

Nesses casos, aplica-se o princípio da inércia argumentativa, o qual estabelece a necessidade de carga argumentativa diferenciada para o juiz que pretende afastar o precedente, seja por *distinguishing* ou por *overruling*, diante do caso paradigma, nos moldes do art. 489, §1º, VI do NCPC.

Implica ainda na imposição de uma carga argumentativa menos acentuada para aquele que pretende aplicar o precedente ao caso concreto em análise. No entanto, deverá identificar os fundamentos determinantes e demonstrar como o caso concreto se ajusta aos fundamentos analisados. Sobre tal princípio, Didier Junior assevera:

Daí falar-se em um princípio da “inércia argumentativa”, como a norma que: a) estabelece a necessi-

dade de uma forte carga argumentativa para aquele que pretende afastar (por distinção ou superação) o precedente diante de caso que se assemelhe àquele que ensejou sua formação, exigindo-se não apenas a fundamentação ordinária nos termos do art. 489, caput e §1º, CPC, como também uma fundamentação qualificada que justifique o overruling ou distinguishing nos moldes do art. 489, §1º, VI, CPC; e b) facilita a elaboração da fundamentação (carga argumentativa mais fraca) para aquele que pretende aplicar o precedente à resolução de caso semelhante⁷, mas sem que se abra mão de, ao menos, identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, §1º, V, CPC).

Desse modo, o precedente ou súmula não são estáticos, uma vez que é possível sua reconstrução com a evolução do direito e mudanças sociais, de modo que a *ratio decidendi* pode ser interpretada de modo diferente com o passar do tempo.

Nessa perspectiva, deve-se frisar que, havendo um precedente obrigatório sobre determinada tese, o juiz deve aplicá-lo ou deixar de aplicá-lo, consoante as peculiaridades do caso concreto e comparações com o caso paradigma. No entanto, não se permite que o julgador desconsidere o precedente obrigatório, simplesmente. Nesse caso, a decisão será omisssa, consoante art. 1.022, parágrafo único, I e II do NCPC.

Contudo, é necessário ainda refletir sobre um ponto: a valorização dos precedentes, como ferramenta para a resolução de casos repetitivos exige que a formação dos precedentes respeite o *iter* de formação das decisões e um contraditório dinâmico, apresentados em vários dispositivos do CPC-2015,

[...] ‘passando pela busca’ de escolha de causas representativas com ‘abrangente argumentação e discussão’ (art. 1.036, §6), do respeito da regra da congruência e não surpresa que determina ao relator (em recursos repetitivos), a promoção da identificação com precisão da questão a ser submetida a julgamento e a vedação ao órgão colegiado decidir ques-

tão não delimitada (arts. 1.037, I e §2º), assegurando a manifestação dos *amici curiae* (arts. 983, caput, e 1.038, I) e a realização de audiências públicas (arts. 983, §1º e 1.038, II). (NUNES, 2015).

Em síntese, Nunes (2015) sugere a necessidade de observar algumas premissas. A primeira se refere ao “esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente)” na formação do precedente, analisando-se discursivamente todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. A segunda é considerar a “integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal”, analisando o histórico de aplicação da tese, de modo que nas hipóteses de superação do precedente, o magistrado deve indicar fundamentação idônea.

Outra premissa é a “Estabilidade decisória dentro do Tribunal (*stare decisis horizontal*)”, vinculando os Ministros do Tribunal que o formou, salvo nos casos de *distinguishing* (distinção) ou *overruling* (superação). Deve-se atentar também para a “Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (*stare decisis vertical*)”, de modo que o precedente não pode ser aplicado de modo mecânico pelos juízes e Tribunais inferiores.

Ademais, sugere-se o “Estabelecimento de fixação e separação das *ratione decidendi dos obter dicta* da decisão”, distinguindo os elementos fundamentais da decisão de outros elementos acessórios. E, por fim, o “Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório”. (NUNES, 2015).

4 CONCLUSÃO

O Novo Código de Processo Civil é um modelo normativo contrafático, uma vez que objetiva corrigir os atuais equívocos da ordem jurídica quanto à formação e aplicação dos precedentes.

No entanto, deve-se evitar que a prática dogmática proporcione retrocessos ao novo Código de Processo Civil, a partir de uma “hermenêutica de bloqueio.” Isso porque não se pode simplesmente transportar

para o Direito Brasileiro a doutrina do *common law*, se não foram superadas as posturas positivistas (STRECK, 2015).

Nesse ponto, a Teoria do Direito como Integridade de Dworkin desperta uma reflexão sobre a atividade judiciária. É certo que o juiz Hércules é uma metáfora e que o juiz verdadeiro não poderá imitá-lo em todos os aspectos. No entanto, assim como Hércules, os juízes brasileiros devem ser criteriosos e metódicos, de modo a selecionar a melhor interpretação dentre os casos precedentes, aplicando-a ao caso em julgamento, se idêntico ao caso paradigma.

Devem ainda observar o direito como integridade que é estruturado pelo conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e devido processo legal, em respeito à comunidade de princípios. Assim, as decisões serão suficientemente interpretadas, desde casos imediatamente relevantes até outros casos gerais do Direito.

Dessa forma, os precedentes não devem ser aplicados de forma mecânica, mas precisam ser interpretados e aplicados de modo discursivo, levando a sério os fundamentos dos julgados que os formaram e as potenciais identidades com o caso concreto em análise. Ainda, é necessário utilizar o filtro constitucional como parâmetro, a fim de legitimar democraticamente a decisão judicial.

Então, os precedentes dos Tribunais Superiores não dão fim às discussões jurídicas, num esgotamento argumentativo, ensejando a mesma abstratividade e generalidade de uma lei e a aplicação mecânica para as causas repetitivas. Pelo contrário, o microsistema de precedentes previsto no NCPC torna o sistema jurídico mais complexo, uma vez que não vai poupar o julgador do trabalho hermenêutico, ao menos que ele não leve a sério sua tarefa.

O desafio está posto e requer reflexão e nova postura, para que não surja uma nova escola da exegese sobre os precedentes.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. **Precedentes no Novo CPC: é possível uma decisão correta?** Disponível em: <<http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta-/>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

BERNARDO, Aurélio Adelino. **Os limites à interpretação jurídica em Hans Kelsen**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=50a889faa543a3d8>>. Acesso em: 11 out. 2016.

BOTELHO, Marcos César. **A lei em Ronald Dworkin. Breves considerações sobre a integridade no direito**. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2615/2404>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988.

COSTA, Carlos Henrique Generoso. **A interpretação em Ronald Dworkin**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1504/1527>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. **Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência**. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/viewFile/P.2318-7999.2015v18n36p114/9079>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRI, Caroline Feliz Sarraf. **Teoria da integridade: uma abordagem da sistematização de Ronald Dworkin**. Disponível em: <<http://www>>

ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13123>. Acesso em: 4 jul. 2016.

JUNG, Luã Nogueira. **Levando Dworkin a sério: uma revisão (crítica) da teoria do direito de Ronald Dworkin.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_1/luca_jung.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2016.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC.** Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380>>. Acesso em: 2 ago. 2016.

MIESSA, Élisson. **Nova realidade: teoria dos precedentes judiciais e sua incidência no processo do trabalho.** Disponível em: <https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/87597/2016_miessa_elisson_realidade_teorica.pdf?sequence=1>. Acesso em: 2 jul. 2016.

NUNES, DIERLE. **Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil.** Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/4E/17/09/12/FD17D410B7C917D-40D4E08A8/Dierle_e_Bahia_Precedentes_no_CPC_2.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura?** Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/235/216>>. Acesso em: 5 jul. 2016.

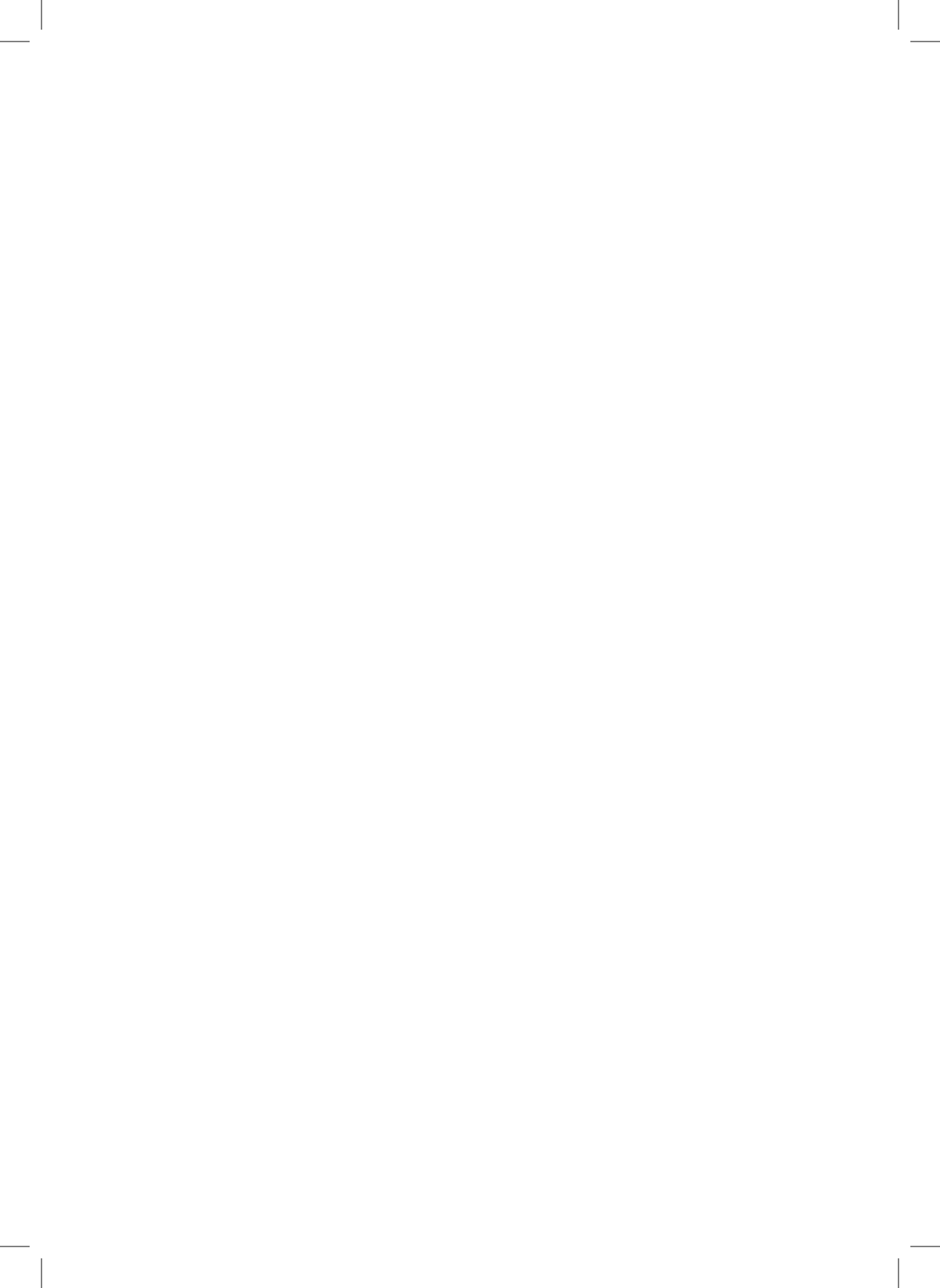
PEDRON, Flávio Quinaud. **Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin.** Disponível em: <www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/1080/1264>. Acesso em: 1 jul. 2016.

SILVA JÚNIOR, Denarcy Souza. **Uma análise hermenêutica do precedente no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/precedente-no-novo-codigo-de-processo-civil-parte-1/>>. Acesso em: 1 jul. 2016.

SENS, Sheila Catarina da Silva. **A teoria interpretativa de Dworkin**: um modelo construtivo. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-999.2013v16n31p119>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas**: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 1 jul. 2016.

DIREITO DO CONSUMIDOR



AS NECESSIDADES HUMANAS NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

*Antonio Augusto Alvarenga Zucateli**

Resumo: O presente artigo objetiva analisar as necessidades humanas nas relações de consumo, especificamente no livro *O Capital*, no que diz respeito às especificações e características, bem como sua análise sobre o trabalho do homem na produção da mercadoria, e no livro “Necessidades Humanas”, subsídios à crítica dos mínimos sociais, onde sabe-se que as necessidades humanas são infinitas. A necessidade em suma é saciada com o consumo de algo premente e indispensável à vida humana. É importante mencionar que o indivíduo já nasce com necessidades, e satisfazê-las consiste no que há de mais intrínseco e primitivo no ser humano. Não se pode viver sem saciar a fome, o sono, a sede, etc.

Palavras-chave: Necessidades. Capitalismo. Consumo. Mercadorias. Consciência.

Abstract: This article analyzes the human needs in consumer relations, specifically in *The Capital*, regarding the specifications and features, as well as his analysis of the man’s work in the production of goods, and in the book *Human Needs*, subsidies criticism of the social minimum, where it is known that human needs are endless, the need in short is satisfied with the consumption of something urgent and indispensable to human life. It is important to mention that the individual is born with needs, and satisfy them is what is most intrinsic and primitive in humans. You cannot live without satisfying hunger, sleep, thirst, etc.

Keywords: Needs. Capitalism. Consumption. Goods. Consciousness.

1 INTRODUÇÃO

É importante identificar antes de discutir o mérito do presente artigo que este será realizado a partir de uma ótica interpretativa que

* Advogado. Pós-Graduado em Direito do Consumidor pela Universidade CEUMA. Bacharel em Direito pela Universidade CEUMA.

destaca um aspecto imprescindível para a compreensão das alterações nas relações de consumo, quais sejam a apropriação e o controle da especialidade.

Retratando a apropriação, controle e produção de forma específica “subjativa” por parte das empresas do setor varejista, estas singularidades se tornaram de extrema relevância para a definição de diretrizes e estratégias de ampliação do consumo, bem como da geração da competitividade em um mercado que cada vez mais se tornava segmentado e controlado por corporações globais.

2 O CAPITAL

É possível observar que o conceito de valor esteve presente, a exemplo do autor Karl Max, em toda sua obra “O Capital” que buscou em suma, estudar as leis de funcionamento e desenvolvimento da sociedade capitalista, tendo como ponto de partida a produção de mercadorias, pois no mercado capitalista, referida produção ocorrera de forma generalizada, relacionando-se assim o conceito de valor.

Já o valor, por sua vez, é a quantidade de trabalho socialmente necessário para a produção de determinada mercadoria.

Desta forma, o valor nada mais é que o poder de compra, sendo uma realidade que está intrinsecamente ligada a mercadoria.

Determina-se como produto a mercadoria produzida que possua valor de uso diferenciada de outros produtos, formando-se um quadro comparativo. Porém, o valor de uso não é o único determinante para que um produto vire mercadoria. Para que algum produto torne-se mercadoria é preciso que este, além do valor de uso, seja transferido para outro indivíduo através da troca.

Valor de troca é primeiramente, relativo (pois depende do valor da outra mercadoria), e é também variável (pois depende do lugar e do momento), mas é ao geral a quantidade da força de trabalho empregada na produção de determinado produto que determinará o seu valor de troca.

A troca de produtos, diferenciados e possuidores de valores, fez com que surgisse aos poucos o mercado capitalista, e conseqüentemente, posteriormente, as denominadas relações de consumo.

3 NECESSIDADES HUMANAS

Na ótica de Pereira (2002), as necessidades humanas são divididas em uma dimensão primária, que pode ser biológica ou psicológica, em que se busca o preenchimento de alguma falta ou lacuna. Com a dimensão biológica, surgiu o conceito de necessidades naturais, que nada mais são que as necessidades com que nascemos, o que pode ser suprimida com pouco esforço.

Segundo Heller (apud PEREIRA, 2002):

O capitalismo constitui a primeira sociedade que, mediante a força e estrutura social, condena classes inteiras da população a lutar quotidianamente pela satisfação das necessidades existenciais pura e simples, desde a época da acumulação primitiva até hoje.

Nesta ótica, Heller apoia-se nos preceitos marxistas, ao ponto de dizer que as necessidades naturais não se constituem em um conjunto de necessidades, mas sim, necessidades que se encontram em um nível inferior às necessidades do homem.

Marx (1996), introduziu o conceito de necessidades existenciais como sinônimo de necessidades primárias, as que já nascem com o indivíduo e que se relacionam à autoconservação.

Pereira (2002) critica referido pensamento exposto por Marx e Heller, ao ponto que estes extrapolam o conceito de necessidades naturais, lembrando que nem mesmo as necessidades de sobrevivência humana podem ser vistas como idênticas aos animais, pois diferentes destas, podem-se incluir as necessidades básicas do homem, o alimento, vestimenta, moradia etc.

Contudo, Marx consegue claramente elencar diferenças entre as necessidades primárias dos humanos e dos animais. Ao qual alude:

O homem que se satisfaz com garfo e faca, é diferente dos animais, que se satisfazem com carne crua; por isso, as necessidades existenciais daquele deverão corresponder às formas de satisfações sociais. (Grundrisse, 1977:7)

Marx deixava entrever que necessidade era um conceito extra econômico, no qual o bem-estar dos homens estaria acima dos interesses do capital.

Em que pesem as considerações originais Marxistas e o fato de o conceito de necessidade assumir o papel preponderante da economia política, especialmente no que tange às teorias do valor de uso, da mais-valia e da força do trabalho, estas possuem como parâmetro as necessidades dos trabalhadores.

A análise dos valores de uso, segundo Marx, implica sempre em sua determinação quantitativa. O que interessa neste momento é a utilidade de tais elementos, vez que “a utilidade de uma coisa faz dela um valor de uso” (MARX, 1996, p. 166), que se dá pelo uso ou consumo.

[...] Essa utilidade, porém, não paira no ar. Determinada pelas propriedades do corpo da mercadoria, ela não existe sem o mesmo. O corpo da mercadoria mesmo, como ferro, trigo, diamante etc. é, portanto, um valor de uso ou bem. Esse seu caráter não depende de se a apropriação de suas propriedades úteis custa ao homem muito ou pouco trabalho. O exame dos valores de uso pressupõe sempre sua determinação quantitativa, como dúzia de relógios, vara de linho, tonelada de ferro etc. Os valores de uso das mercadorias fornecem o material de uma disciplina própria, a merceologia. O valor de uso realiza-se somente no uso ou no consumo. Os valores de uso constituem o conteúdo material da riqueza, qualquer que seja a forma social desta. Na forma de sociedade a ser por nós examinada, eles constituem, ao mesmo tempo, os portadores materiais do valor de troca.

Já em relação à mais-valia, Marx aponta que o trabalhador receberia um salário de acordo com as riquezas que este viesse a produzir, como por exemplo, por um período de tempo correspondente a 15 dias.

No entanto, sob as regras do contrato de trabalho, o trabalhador era obrigado a cumprir os demais 15 dias remanescentes para que viesse a receber o seu salário de forma integral do mês trabalhado. Assim, o Empregador “Empresário” pagaria o valor equivalente à 15 dias trabalhados e receberia gratuitamente a riqueza produzida nos outros 15 dias restantes.

Esta espécie de “mais-valia” era reconhecida por Marx como a “mais-valia absoluta”, que se diferenciava da “mais-valia relativa”.

A “mais-valia relativa” foi gerada pela reforma realizada nas indústrias. Nesse contexto, os trabalhadores ajustavam suas funções para que pudessem utilizar novos equipamentos, que, por sua vez, eram capazes de produzir produtos em um período menor de tempo.

Já em relação à força de trabalho, entende-se segundo Marx, que as mercadorias são resultado do trabalho do homem, de sua consciência, e força física. Em suma: “É, portanto, apenas o quantum de trabalho socialmente necessário ou o tempo de trabalho socialmente necessário para produção de um valor de uso o que determina a grandeza de seu valor”. (MARX, 1996, p. 169).

Desse modo, o que constitui o valor é o trabalho do homem.

Todo trabalho é, por um lado, dispêndio de força de trabalho do homem no sentido fisiológico, e nessa qualidade de trabalho humano igual ou trabalho humano abstrato gera valor da mercadoria. Todo trabalho é, por outro lado, dispêndio de força de trabalho do homem sob forma especificamente adequada a um fim, e nessa qualidade de trabalho útil produz valor de uso. (MARX, 1996, p. 176).

Desta forma, o trabalho é gasto de força de trabalho do homem no sentido fisiológico da ação, desse modo, o trabalho do homem igual ou trabalho do homem abstrato gera o valor da mercadoria. O trabalho é dispêndio do trabalho do homem de forma específica ao seu fim, sendo assim, esse trabalho concreto útil produz valor de uso.

Percebe-se então que além do valor das mercadorias, passou-se a dar valor à força de trabalho e aos meios de produção, o que caracterizava o objetivo capitalista, qual seja, a obtenção de renda e lucro com o comércio. Assim, com a venda da mão de obra, observa-se o surgimento de relações trabalhistas, nas quais o empregador alegava o direito aos lucros, pois era detentor de todos os meios de produção.

4 RELAÇÕES DE CONSUMO

O ser humano possui necessidades básicas, como amplamente já se demonstrou, e atualmente estas necessidades passaram por diversas transformações, que são frutos de um mercado político e econômico.

Atualmente é de grande importância a discussão acerca do consumo sustentável, que deve ser observado por todos os tipos de consumidores, o que geraria a estes um direito a mais em seu benefício.

De fato, as necessidades humanas são em princípio ilimitadas, tendo como base a abrangência da publicidade e do marketing que são disponibilizados às multidões, seja de forma física ou virtual, no que esta última acaba por garantir a todos, com quase nenhuma exceção, uma forma de adquirir produtos ou serviços disponibilizados em qualquer parte do mundo.

A partir desse ponto de vista, é importante que se fomentem discussões acerca do consumo sustentável de bens e serviços, pois o mesmo se banaliza diariamente com práticas abusivas, desonestas, etc.

No ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que os direitos basilares do Consumidor encontram-se consubstanciados no art. 6º do CDC, que estabelece:

Art. 6º CDC: São direitos básicos do consumidor:

- I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
- IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
- V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
- VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
- VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrati-

vos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX – Vetado – a participação e consulta na formulação das políticas que os afetem diretamente, e a representação de seus interesses por intermédio das entidades públicas ou privadas de defesa do consumidor;

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Em análise destes princípios, observa-se que estes são coerentes com o entendimento contido no art. 170 da Constituição Federal, acerca de uma ordem econômica que preza pela valorização do trabalho e da iniciativa, desde que estas respeitem os limites legais. Só assim será possível a criação de uma atividade justa consciente.

Com base no atual ordenamento jurídico, é possível extrair diversos princípios que são basilares e indispensáveis para a execução com sucesso das relações de consumo. Princípios como: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, presentes na CF/1988, que buscam implementar nas relações públicas ou privadas os interesses públicos, individuais e coletivos.

Assim, referidos princípios estão intimamente ligados ao Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que ambos os textos buscam aprimorar as atividades que proporcionem um progresso econômico e social dentro da sociedade.

Nestes moldes, diferentemente do período capitalista, deve-se observar os princípios contidos nos textos legais, bem como os princípios da proporcionalidade, razoabilidade como forma de imprimir legitimidade aos atos praticados.

Desta forma, os consumidores poderão satisfazer suas necessidades básicas sem que estes extrapolem a margem possível de consumo, pois o consumo é diverso do consumismo, uma vez que o consumo sempre

existiu desde a história do homem, sendo impossível viver sem o consumo, sendo este, por sua vez, um ato individual.

Já o consumismo surge quando se começa a pressionar não mais pelas necessidades, mas sim pelos desejos, desejos estes que ofuscam a realidade, influenciando os indivíduos a comprar não por necessidade, mas sim pelo reconhecimento social que a publicidade imprime no produto.

Com a observação do consumismo, é possível criar a seguinte indagação: “Será que os consumidores estão sendo consumidos pelo consumismo?”, o que de fato estão, com uma simples resposta é possível indicar os segmentos mais preocupantes atualmente.

Diante disto, é importante que todo ser humano seja capaz de aprender a lidar com o consumismo, pois o mesmo é fatalmente ilimitado. Os consumidores devem cada vez mais buscar para si o exercício da liberdade e o da consciência, sabendo evitar tentações com inteligência.

Deve haver uma conscientização dos direitos e deveres dos consumidores e fornecedores, que muitas vezes os desconhecem e acabam por entrar em conflitos muitas vezes desnecessários. Através da disseminação da informação entre os consumidores e os fornecedores, é possível conscientizá-los a respeito dos seus direitos e deveres.

De acordo com Grinover et all (2011, p. 71):

Referida tarefa, em verdade, é de todos: Estado, empresas, órgãos públicos e entidades privadas de defesa ou proteção do consumidor. Embora haja vários instrumentos colocados à disposição do consumidor (art. 5º do Código), há que se bem informá-lo até para que a eles tenha o devido acesso.

Quando vigorava o Estado liberal, o que imperava era a não intervenção do estado na economia, permitindo que os negócios e interesses privados ocorressem de forma livre, e de acordo com as regras que norteavam o mercado.

Segundo Scaff (1990, p. 38), as características do estado liberal eram:

O princípio da liberdade, a separação dos poderes, o voto censitário, observando-se o critério de renda para que fosse possível a participação no processo eletivo, a liberdade contratual, a propriedade pri-

vada dos meios de produção e a separação entre os trabalhadores e os meios de produção, objetivando a apropriação privada da mais-valia produzida pelos trabalhadores em razão da venda de sua força de trabalho.

Conforme entendimento majoritário, a partir do momento em que o Estado Liberal se mostrou insuficiente para atender aos reclames do povo, surgiu a necessidade de o Estado intervir com o intuito de organizar as atividades de produção, assim como dar uma resposta social às novas e crescentes reivindicações. Dessa forma, houve a transformação de um Estado eminentemente liberal a um Estado Social, com reflexos positivos em relação à tutela do consumidor.

A partir da promulgação das Constituições de 1930 e 1934 ocorreu uma mudança de um Estado Liberal não intervencionista para um Estado Social, pois essas Cartas Magnas introduziram normas relativas à ordem econômica e social vigente, restringindo a liberdade econômica aos princípios relativos à justiça social.

Mas, não foram apenas tais Constituições que versaram sobre o intervencionismo estatal na ordem econômica. A Constituição de 1988 também contemplou esse aspecto, implantando uma nova ordem econômica, nos termos do art. 170, caput, conforme já abordado, em que se baseia na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, elevando, dentre outros princípios, a defesa do consumidor (Art. 170, V). Após essas transformações, o Estado editou o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 11/09/1999), que foi criado com o intuito de assegurar tratamento jurídico adequado às relações consumeristas.

Apesar de referidas transformações históricas, percebe-se que mesmo com uma ampla gama de direitos e obrigações, há de existir ainda o consumo desenfreado, que acaba por gerar dívidas e desconfortos sobre os consumidores, pois como se demonstrou, não existe uma política de conscientização para que os consumidores possam ter uma margem de gastos além daqueles previstos em suas necessidades básicas.

O CDC é bem categórico ao afirmar que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderão ser exercidos em juízo individualmente ou a título coletivo. Isso deixou clara sua posição para uma ampliação da legitimação para agir.

A tutela coletiva foi criada com o intuito de fortalecer a condição de hipossuficiência do consumidor, isoladamente e enfraquecidamente considerado, bem como dar uma maior efetividade ao processo. O Código de Defesa do Consumidor instituiu a tutela coletiva com o objetivo de adequar a tutela dos consumidores a uma nova realidade econômica.

Desta forma é possível que o Código de Defesa do Consumidor atue nas hipóteses em que o próprio consumidor não perceba que está sendo influenciado para a aquisição de um produto desnecessário.

Segundo Grinover et al (p. 285), a parte processual do código atua em duas vertentes: na das ações individuais e na das ações coletivas:

Nas das ações individuais e das ações coletivas. No campo das primeiras, a lei opera por meio de diversas normas, como as que contemplam a possibilidade de determinação de competência pelo domicílio do consumidor auto (art. 101, I); vedação a denúncia da lide e um novo tipo de chamamento ao processo, em determinadas hipóteses (art. 88 e 101, II). A previsão de adequada e efetiva tutela jurisdicional por intermédio de toda e qualquer ação (art. 83); a nova configuração de tutela específica, nas ações que tenham por objeto as obrigações de fazer e não fazer. (art. 84).

Na vertente das ações coletivas, amplia-se e especifica-se a tutela aos bens dos consumidores, indivisivelmente considerados, por intermédio das categorias dos interesses difusos e dos interesses coletivos (art. 81, I e II); cria-se uma nova ação para o tratamento coletivo pelos danos individualmente sofridos (art 81, III e Capítulo II do título III), sem prejuízo da eventual fluid recovery (art. 100); - Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90;

Aduzindo, ainda, que a legitimação de agir foi ampliada não apenas para ensejar o acesso às demandas essencialmente coletivas, como também para permitir a tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais ligados entre si pelo vínculo da homogeneidade.

5 CONCLUSÃO

Com base em todos os direitos presentes no nosso ordenamento jurídico, é possível concluir que a legislação brasileira protege de forma demasiada o Consumidor. Dessa forma, faz-se necessário que hajam políticas de conscientização, bem como formas de controlar o mercado de consumo, seja este no meio físico ou virtual, pois assim, agindo os Fornecedores conforme regem as leis, existirão prerrogativas que lhe serão favoráveis.

Uma vez que a literatura não enfatiza o tema proposto pelo artigo, problemas claramente expostos no estudo como a ausência de conscientização dos consumidores e a falta da criação de meios de informação, poderão ser evitados, através de um melhor diagnóstico de atuação perante este novo mercado de consumo.

Assim sendo, referido estudo vem tratar da real necessidade de implantar um sistema assecuratório, observando a importância que esse novo tipo de mercado tomou no decorrer dos últimos anos, levando assim a sua essência a fomentação da educação quanto aos direitos discutidos e a conscientização das pessoas na relação de consumo.

Portanto, o presente artigo não esgota o tema aqui tratado e como decorrência imediata da pesquisa, surgem alguns obstáculos a serem superados pelo Direito como o desenvolvimento de literatura nesse tema e a necessidade de profissionais da área do direito se despertarem para essa área.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 out. 2015.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 26 out. 2015.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Da política nacional das relações de consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa**

do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev, atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Código de Defesa do Consumidor no sistema sócio-econômico brasileiro.** Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67338/69948>>. Acesso em: 25 out. 2015.

MARX, Karl. **Elementos fundamentais para a crítica da economia política** (Grundrisse) 1857-1858. 11. ed. Madrid: Siglo XXI. 1997. v. 1.

_____. **O Capital:** crítica da economia política. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 1.

PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas:** subsídios à crítica dos mínimos sociais. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do Estado intervencionista.** São Paulo: Saraiva, 1990.

A PUBLICIDADE E OS ASPECTOS COMPORTAMENTAIS DO CONSUMO

*Rebeca Christine Geressait Reis**

Resumo: O presente artigo objetiva avaliar os aspectos comportamentais, isto é, como a publicidade possui enorme influência na mente e na conduta dos consumidores. Para tanto, far-se-á a análise das necessidades humanas; a conceituação do *marketing*, publicidade e propaganda e; por fim, a exposição crítica sobre o poder da influência da publicidade que utiliza conceitos psicológicos para impulsionar os indivíduos às compras.

Palavras-chave: Psicologia. Consumo. Necessidade. Publicidade. Influência.

Abstract: This article aims to evaluate the behavioral aspects, that is, as advertising has enormous influence on the mind and behavior of consumers. Therefore, it will make the analysis of human needs; the concept of marketing, advertising and; finally, a critical exposition of the power of influence of advertising that uses psychological concepts to boost individuals shopping.

Keywords: Psychology. Consumption. Need. Advertising. Influence.

1 NOÇÕES PRELIMINARES

Observa-se a cada dia que o consumo tem se tornando cada vez mais intenso. Na medida em que o mercado se expande, há o impulsionamento do crescimento econômico, sendo tema de debates jurídicos, econômicos, acadêmicos e doutrinários.

O desenvolvimento dos meios de produção e distribuição de produtos e serviços nos dias atuais alcançou níveis altíssimos, em razão da indústria da comunicação. Isto significa que entre o fornecedor e o consumidor nem sempre há um encontro ou uma atração decorrente pura

* Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade CEUMA. Pós-Graduada *Lato Sensu* em Direito do Consumidor pela Universidade CEUMA. Acesso ao Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4500050266309259>.

e simplesmente da necessidade de quem precisa de produtos e serviços (BESSA, 2010, p. 91).

Assim, em um mundo cada vez mais capitalista, com um consumo intenso, os fornecedores buscam sempre colocar em circulação seus produtos e serviços. Para isso, entram em cena os veículos de comunicação e as publicidades.

A cada dia, existem profissionais na área do *marketing* com um único objetivo: despertar o intuito de compra nos consumidores. Para esse fim, passam a utilizar conceitos psicológicos que buscam satisfazer não só as necessidades básicas, mas todas aquelas adquiridas através de um impulso, de uma publicidade que desperte o desejo de compra, posto as inúmeras opções de produtos e serviços que existem no mercado consumidor.

Os profissionais de publicidade têm como objetivo despertar o interesse do consumidor em algum produto ou serviço, para que este passe a adquiri-lo e transforme-se em cliente fiel, preferencialmente. Antes de elaborar seus anúncios, o profissional deve conhecer a mente do consumidor, aprofundando seus conhecimentos sobre a psicologia para saber como atrair sua atenção e despertar interesse (BENEDETTI, 2014, p. 3).

Portanto, o presente artigo visa pesquisar exatamente, onde a psicologia do consumo na publicidade, em especial, vai trabalhar, buscando analisar todos os aspectos sociais, emocionais, culturais e econômicos dos consumidores, isto é, do seu público alvo. Quer dizer, o fornecedor elabora seu produto ou serviço para atender as necessidades dos indivíduos e, depois, o *marketing* os transforma em objetos de desejo.

Contudo, pergunta-se: Será se a publicidade possui mesmo o condão de induzir o consumidor a comprar por impulso? É o que veremos ao decorrer do trabalho.

2 AS NECESSIDADES HUMANAS

As necessidades humanas básicas são como contraponto à noção liberal de mínimos sociais. O mercado é um mecanismo eficiente e eficaz, quando não o mais justo, de provisão do bem-estar (PEREIRA, 2002).

Sendo assim, se houver, a análise criteriosa do processo de formação e desenvolvimento das políticas públicas, sempre encontraremos na

base de cada uma delas as necessidades humanas, que foram problematizadas e se transformaram em questões de direito (PEREIRA, 2006, p. 2).

As vias encontradas para suprir as necessidades humanas são várias e possuem o fito de melhorar as condições de vida e desenvolver a humanidade. Se não houvesse necessidades percebidas e socialmente compartilhadas, não existiriam políticas, direitos, normas protetoras, trabalho e tantas outras respostas resultantes da *práxis* humana (PEREIRA, 2006, p. 2).

Logo, embora seja difícil a conceituação de necessidades humanas, reconhecer a existência de tais necessidades como necessidades sociais vem a ser de suma importância para a sociedade e para a construção da cidadania. Por isso, tem-se o termo necessidades (social), e não necessidade (individual). Frisa-se, que referido raciocínio vem da raiz Marxista.

Reconhecer, portanto, a existência de necessidades humanas como necessidades sociais, com valores, finalidades e sujeitos definidos, tem sido um grande passo para a construção da cidadania, pois isso equivale reconhecer a existência de uma força desencadeadora de conquistas sociais e políticas. (PEREIRA, 2006, p. 2).

Ainda, nos termos do pensamento Marxista e sociológico, Pereira (2003, p. 26) define que o capital é, portanto, um modo multifacetado de reprodução sociometabólica, que antecede e suplanta o capitalismo, que deve ser combatido, pois, do contrário, poder-se-á repetir os sociais-democratas/reformistas e os pós-revolucionários stalinistas.

E continua a aduzir que se a intenção é realizar uma transformação socialista cujo espírito é a produção para o uso, é o sociometabolismo do capital, ou seja, o círculo vicioso da expansão e da acumulação esvaziada de qualquer preocupação pelo uso e pelas necessidades humanas que deve ser rompido (PEREIRA, 2003, p. 26).

Outrossim, a crítica de Pereira (2007, p. 2) também se traduz na focalização das políticas públicas para as necessidades humanas. Para ela, a focalização afigura-se, assim, como um princípio antagônico ao da universalização - ao contrário da seletividade, que poderá manter relações dinâmicas com este - não só no plano operacional, mas também teórico e ideológico.

Considera-se, além disso que:

Há, portanto, mais riscos de fracassos e irracionalidades nas políticas sociais focalizadas do que nas universais, porque as primeiras estão dissociadas do objetivo de extensão da cidadania aos mais pobres; transformam problemas estruturais em faltas morais que estigmatizam profundamente os seus portadores; valem-se da ausência de poder de pressão social das camadas mais pobres da população para oferecer-lhes benefícios e serviços de pior qualidade; desqualificam as políticas sociais como meios que são de ampliação da cidadania; funcionam como armadilha da pobreza porque não liberam os pobres da situação de privação; e aumentam a pobreza porque, ao deixarem no desamparo grupos sociais não focalizados, contribuem para o gradativo empobrecimento destes. (PEREIRA, 2007, p. 3-4).

Diante desse contexto, a autora faz uma dura crítica sobre o paradigma neoliberal que vêm orientando as atuais políticas sociais e a prevalência contemporânea no campo da proteção social pública.

Enfim, parafraseando Marx (1978), pode-se entender porque as políticas sociais da atualidade reduzem as necessidades dos pobres a mais miserável e humilhante condição de vida física, animal, bestial, cuja satisfação permite apenas que eles realizem atividades mecânicas para sobreviverem. E a naturalização desse processo faz com que muitos acreditem - inclusive governantes - que os pobres não têm nenhuma necessidade de lazer, de cultura e principalmente de autonomia para fazerem escolhas, sentirem-se responsáveis por elas e participarem da vida econômica, política e social do contexto em que vivem. (PEREIRA, 2006, p. 6).

Destarte, a autora traz ao estudo a consideração de Marx sobre o bem-estar total e sua estreita ligação com a efetiva necessidade humana:

Assim sendo, bem-estar total para Marx é um fenômeno que está baseado nos princípios da solidariedade e da cooperação, identificados com a atenção efetiva às necessidades humanas, moral e historicamente alcançadas no processo coletivizado de produção e distribuição do produto social; e não nos princípios da competição e da coerção, identificados com o processo da rentabilidade privada que resulta da exploração e da manipulação da força de trabalho como mercadoria especial, tal como está implícito na concepção liberal burguesa de proteção social pelo Estado capitalista e de direitos de cidadania. (PEREIRA, 2012, p. 8).

Portanto, as necessidades básicas de cada indivíduo são aquelas que nascem com este, por exemplo, a necessidade de se alimentar, de se vestir. Todavia, as necessidades adquiridas são baseadas no consumo demasiado e naquilo que as pessoas não necessitam de forma essencial.

É como diz Bozonnet (apud BRAGE, 1999, p. 17): a necessidade, em geral, não pode ser reduzida a uma simples carência, mas deve ser vista como carência percebida, o que implica definição de valores, finalidades e existência de sujeitos envolvidos no seu enfrentamento. Assim, veremos como as pessoas compram por impulso e como com a ajuda da publicidade há a influência na psicologia e, por consequência, no comportamento do consumidor.

3 *MARKETING*, PUBLICIDADE E PROPAGANDA

É de suma importância a diferenciação entre os três institutos utilizados na área de comunicação e no mundo jurídico. Em que pese à diferenciação ser tênue, singela, tecnicamente é essencial.

O *Marketing* é muito mais que vender ou anunciar um produto ou serviço, é muito mais generalizado, comporta um sentido mais amplo que a publicidade, pois especificamente procura entender um determinado mercado consumidor, com o fito de descobrir quais são as necessidades e os desejos das pessoas.

O termo *marketing* é oriundo da língua inglesa e compreende todas as etapas de disponibilidade do produto ou serviço, isto é, tanto na

sua origem até sua distribuição (BESSA, 2010, p. 95). Bem mais do que estratégia de vendas, o *marketing* é uma constante análise do comportamento do consumidor, lançando sempre estratégias de acordo com a situação financeira, psicológica, cultural e/ou social do mercado consumidor.

Kotler (1998, p. 27), explica que: “*Marketing* é um processo social e gerencial pelo qual indivíduos e grupos obtêm o que necessitam e desejam por meio da criação e troca de produtos e valores”.

A publicidade, por sua vez, é assim explicada por Fiori (2013, p. 3), sendo:

Trata-se da divulgação comercial de produtos e serviços, enquanto propaganda, conforme doutrinariamente pacificado, é a manifestação pública de idéias políticas. A propaganda, portanto, preocupa-se com a difusão de uma idéia e a publicidade com a difusão de um bem corpóreo específico.

Dessa forma, publicidade é toda e qualquer forma comercial e massificada de oferta de produtos ou serviços patrocinada por um fornecedor identificado direta ou indiretamente, persuadindo sujeitos dispostos a consumi-los (BESSA, 2010, p. 95).

Para o Código de Defesa do Consumidor – CDC, em seu artigo 30, a definição de publicidade consiste em o fornecedor oferecer produtos e serviços ao consumidor, ou seja, anúncios relativos a produtos e serviços. Veja-se:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Cumprе ressaltar que o CDC veda a publicidade enganosa e abusiva, nos termos do artigo 37, sob pena de aplicação das sanções de caráter administrativo, cível e criminal, conforme estipula o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária – CONAR e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC.

No que diz respeito à relação propaganda/publicidade, é muito comum a confusão. Todavia, a publicidade, consoante visto supra, possui um caráter comercial, enquanto a propaganda refere-se à divulgação de mensagens ideológicas, políticas ou religiosas (BESSA, 2010, p. 95).

Complementa Fiori (2013, p. 3):

A propaganda visa promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico) [...] Essa diferenciação entre os dois conceitos já nos permite concluir pela inaplicabilidade do CDC às promessas eventualmente enganosas feitas por candidatos em campanhas eleitorais, apesar de, cada vez mais a máquina eleitoral fazer uso de técnicas publicitárias. Pois, o dever de cumprir as promessas feitas durante uma campanha eleitoral é um dever ético e não jurídico, do ponto de vista de sua obrigatoriedade. A vinculatividade dada pelo art. 30 do CDC às mensagens publicitárias fica restrita àquelas que, efetivamente, estejam relacionadas ao bem jurídico protegido pelo Código, ou seja, a sanidade das relações de consumo.

Destarte, a publicidade e a propaganda são o meio como o *marketing* é aplicado para chegar às pessoas.

4 O PODER DA INFLUÊNCIA

Cumpramos observar que vivemos em uma sociedade capitalista baseada no consumo, sendo certo que há produtos e serviços de todas as opções. As relações são abalizadas em impulso, desejo, ansiedade, o que acarreta em muitos casos dívidas e consumidores inadimplentes. E o que corrobora é o *marketing* intenso e a publicidade veiculada e realizada com perfeição para captação de consumidores.

O doutrinador Gama (2008, p. 241) corrobora explicando a respeito do tema:

É nas relações de consumo onde mais uma pessoa projeta seu ego. Os gostos, as simpatias, os descontentamentos e até as aversões são projetadas na

moda, nas escolhas das cores dos produtos, nas preferências sobre a alimentação, nas afinidades sentimentais sobre os produtos e serviços e nas dependências que se criam em torno de tudo o que possa ser suscetível de consumo.

E continua Gama (2008, p. 241):

A sociedade vive sob permanente operacionalidade do “efeito-demonstração”, em que tudo o que alguém possua ou consuma, passa a ser desejo, ansiedade ou até cobiça de uma outra. As pessoas se comparam permanentemente com as outras, valorizando-se ou desvalorizando-se em razão dos acessos que galgam ou não conseguem galgar no mercado de consumo. Todos nós temos desejos de consumos, que são metas de vidas. Isso ocorre em todos os níveis sociais, em todas as idades desde que adquiramos uma certa compreensão e em qualquer que seja a nossa condição.

Dessa forma, desde criança cria-se a expectativa do consumismo, inclusive o hábito, entretanto, desde essa fase deve-se aprender a ter educação para o consumo e não projetar suas ansiedades, desejos ou simplesmente um “efeito-demonstração” nas compras de produtos ou serviços.

Dentro desse cenário, conclui Gama (2008, p. 242):

Vivemos desde criança disputando as posses e os domínios das coisas e procurando aumentar os desfrutes dos serviços que possamos alcançar, tudo em razão dos nossos desejos de conforto e comodidade e das nossas buscas de melhores e maiores condições de vida. [...] Os consumidores projetam as suas ansiedades de consumo nas suas adesões aos produtos e às marcas, nos desejos de satisfações das suas necessidades e expectativas e nos desejos de economicidade, até porque o consumidor perdulário é considerado anormal.

Completa Martins (2004, p. 30), aduzindo que a problemática da questão financeira pode ser uma falha na educação básica:

Muitas pessoas apresentam rejeição diante das expressões financeiras. Como a escola não dá qualquer instrução financeira, a criança cresce e continua ignorando o assunto dinheiro.

Nesse passo, explica Bessa (2010, p. 94):

Desde a década de 50 (pós Segunda Guerra Mundial), a introdução de um novo produto ou serviço posto em circulação no mercado passou a ser acompanhada necessariamente da criatividade de profissionais e empresas especializadas em promover mensagens, a partir dos mais diferentes meios, formas e técnicas destinadas à promoção destes lançamentos perante os consumidores, despertando-lhes o desejo de consumi-los.

Assim, a publicidade é desenvolvida de forma impecável por empresas, agências publicitárias ou de comunicação, que através de recursos, métodos e técnicas específicas repassam aos veículos de comunicação a divulgação de seus produtos. Estes, por sua vez, são os instrumentos pelos quais a mensagem publicitária alcançará o público alvo: o consumidor (BESSA, 2010, p. 95).

Logo, a publicidade utiliza da psicologia para levar o consumidor a comprar, muitas vezes produtos desnecessários. A publicidade utiliza alguns conceitos da psicologia para tornar o processo de publicização e alcance do público alvo – consumidor muito mais eficaz, utilizando as teorias da psicologia e aplicando-as no *marketing* com uma análise minuciosa do comportamento desses consumidores.

Gade (1998, p. 27) diz que o comportamento é uma manifestação externa de processos psicológicos internos, de respostas aos estímulos que são recebidos, processados e transformados em informações aprendidas. Ainda, que:

O estudo do comportamento e da psicologia do consumidor é realizado para permitir o desenvolvimento de estratégias de *marketing* mais eficaz [...] o comportamento do consumidor são as atividades físicas e mentais realizadas por este, que estão ligadas com

os produtos e serviços de que eles almejam, para suprir suas necessidades e desejos (GADE, 1998, p. 1).

À vista disso, é imprescindível identificar os fatores da tomada de decisão de compra, que podem ser individuais ou em grupo.

Os fatores individuais na tomada de decisão de compra são a motivação, a necessidade, a personalidade e a atitude, isto é, surgem depois de termos identificado a necessidade, levando as pessoas a escolherem a forma que satisfarão a necessidade (GADE, 1998, p. 1). Sendo assim, para o anúncio publicitário levar o consumidor a comprar o produto anunciado, é preciso que faça apelo a uma necessidade despertando o desejo.

A título de exemplificação, temos os comerciais de *shampoo* ou de sabão em pó, posto que, adquiri-los trata-se de necessidades diárias, levando cada consumidor a adquirir determinada marca de acordo com cada benefício que esta pode proporcionar.

Gade (1998, p. 27) ressalta que inicialmente é fundamental que se entenda a atitude como algo totalmente diverso do comportamento. Em publicidade, a atitude pode ser entendida como uma predisposição à ação, na intenção de compra, e comportamento é a tradução desta intenção em ação.

Já com relação ao poder de decisão em grupo, tem-se:

Um grupo é definido como: pessoas que mantêm uma relação de interdependência, em que o comportamento de cada membro influencia potencialmente o comportamento de cada um dos outros. Além disso, o grupo compartilha de uma ideologia, de um conjunto de crenças, normas e valores que estabelecem sua conduta mútua. (GADE, 1998, p. 27).

Nesse passo, segundo Solomon (2002, p. 24), “o comportamento do consumidor é um processo contínuo, e não só o que acontece no instante em que um consumidor entrega dinheiro ou apresenta seu cartão de crédito (ou de débito) e, em troca, recebe uma mercadoria ou serviço”.

Afirma, ainda, que os consumidores possuem papéis diferentes e cada consumidor é único, sendo individualmente afetado de cada forma pela publicidade, propaganda ou *marketing*:

[...] como nos percebemos, as coisas que valorizamos o que gostamos de fazer com o tempo livre, todos esses fatores ajudam a determinar quais os produtos que vão chamar nossa atenção. [...] os dados sobre os consumidores auxiliam as organizações a definir o mercado e a identificar ameaças e oportunidades para uma marca. (SOLOMON, 2002, p. 25-28)

Diante das noticiadas relações de massa (distribuição de bens de consumo em larga escala, cada vez mais impessoal e padronizada), as qualidades dos produtos e serviços têm sido atestadas nas campanhas publicitárias com o auxílio de algumas pessoas que inspiram a confiança dos consumidores: celebridades (artistas, esportistas, etc.), chamados para dar testemunhos pessoais indicando que é possível acreditar nas promessas feitas pela publicidade (BESSA, 2010, p. 96).

Neste sentido preleciona Amaral Júnior (1995, p. 43): “A mera vontade do consumidor não é fator suficiente da publicidade. A subordinação dos consumidores à capacidade persuasiva das mensagens publicitárias é fato insuprimível da sociedade contemporânea”.

Dessa maneira, diante das informações de cada consumidor e das estratégias da indústria publicitária é que os profissionais da área de comunicação, especificamente, de *marketing*, realizam e concretizam as campanhas publicitárias e, assim, alcançam o sucesso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se observar que ao longo do tempo, os consumidores foram expostos a inúmeras publicidades que afetam direta ou indiretamente seus aspectos emocionais, psicológicos, dentre outros, conforme dito no decorrer do trabalho.

Dessa maneira, conforme explica Fiori, a vulnerabilidade do consumidor manifesta-se de forma clara na seara da publicidade, eis que ele está exposto, diuturnamente, a campanhas publicitárias que lhe insuflam necessidades e influem de maneira categórica sobre suas escolhas, orientando e, às vezes, até mesmo induzindo seu comportamento.

Por conseguinte, a publicidade é sim, capaz de induzir o psicológico dos consumidores, sobretudo, levando-os a comprar por impulso ou mesmo pela influência que pode provocar, já que de forma tão peculiar, hoje os profissionais desenvolvem aparatos para envolver desejos, aparências e necessidades no público alvo.

Além disso, cumpre mencionar que além do fator psicológico da influência da publicidade, existe o fator psicológico do “ter”. Na sociedade atual, o “ter” significa por muitas vezes mais do que o “ser”. Quer dizer, muitas vezes, as pessoas compram produtos não pelo que eles fazem, mas por sua marca e pelo *status* que proporcionam. Não significa dizer que a função básica dos produtos não seja importante, mas que o papel que eles representam na vida dos consumidores vai além das tarefas para as quais foram projetados (ABREU; BAPTISTA, 2009).

Portanto, a publicidade disponível do mercado sem limitações externas permitiu que os consumidores fossem facilmente induzidos em erro ou tivessem em contato com os meios de comunicação, agredindo, por vezes, valores e preceitos éticos, religiosos ou morais (BESSA, 2010, p. 96). Assim, observa-se claramente a necessidade de um rígido controle da publicidade, com o intuito de alertar e preservar o consumidor e o mercado em geral.

REFERÊNCIAS

ABREU, Karen Cristina Kraemer; BAPTISTA, Patrícia Aparecida. Publicidade e comportamento do consumidor: alguns apontamentos. **Biblioteca on-line de Ciências da Educação**. ISSN: 1646-3137, 2009. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/bocc-abreu-publicidade.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2015.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O princípio da vinculação da mensagem publicitária. **Revista do direito do consumidor**, São Paulo, v. 14, abr./jun. 1995.

BENEDETTI, Filippi. Como a publicidade utiliza da psicologia para levar o consumidor à ação de compra. **Comunicação & Mercado/**

UNIGRAN, Dourados/MS, v. 3, n. 8, p. 04-15, jul-dez. 2014. Acesso em: 2 dez. 2015.

BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRAGE, Luís Ballester. **Las necesidades sociales: teorías y conceptos básicos**. Madrid: Síntesis, 1999.

FIORI, Mônica de Oliveira Silva. **Apontamentos acerca da publicidade no código de defesa do consumidor**. Disponível em: <http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol7_n3_2013/5apontamentosacercadapublicidadenocodigodedefesadoconsumidor.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2015.

GADE, Christiane. **Psicologia do consumidor e da propaganda**. São Paulo: EPU, 1998.

GAMA, Hélio Zaghetto, **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KOTLER, Philip; KELLER, Kevin Lane. **Administração de marketing**. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

MARTINS, José Pio. **Educação financeira ao alcance de todos**. Curitiba: Fundamento, 2004.

MARX, Karl. **Coleção Os Economistas**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

PEREIRA, Potyara A. P. **Alternativas socialistas às políticas sociais neoliberais**, 2003. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/viewFile/274/114>. Acesso em: 26 jan. 2015.

_____. **Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. São Paulo: Cortez, 2000.

SOLOMON, Michael. **O comportamento do consumidor:** comprando, possuindo e sendo. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2002.

WADA, Ricardo Morishita (Coord.). **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. Brasília: SDE/DPDC, 2010.

**DISCURSOS
INSTITUCIONAIS**



DISCURSO DE POSSE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA*

*“Chegou o momento de sarar as feridas.
Chegou o momento de transpor os abismos que nos dividem.
Chegou o momento de construir”.*

Em meio ao seu histórico discurso de posse, em 10 de maio de 1994, Nelson Mandela frisava a importância da união entre as pessoas, a superação das diferenças e o compromisso de construir um novo futuro para a sociedade.

Numa sociedade diferente da nossa, e num distante horizonte de vinte e dois anos, as palavras do grande líder da África do Sul servem de inspiração para todos os brasileiros, para os homens públicos e para todo aquele que, do fundo de sua alma, se move por ideais verdadeiros de Honestidade, de Justiça e da construção de uma sociedade mais feliz.

Se, ao homem que teve tolhida a liberdade por vinte e sete anos e que viu seu povo sofrer as consequências da violência, foi possível superar o passado e rumar no caminho da liberdade e da paz social, por que seria difícil, a quem isso não sofreu, fazer o mesmo?

O horror do massacre de Orlando, esta semana, mostra que a intolerância e o desrespeito à diversidade não são a resposta a essa pergunta.

Os homens que constroem não destilam rancores, não vivem do passado e não tem apego a frustrações. Quem tem o verdadeiro compromisso da Justiça não arvora a titularidade dos valores, não se põe a atacar a tudo e a todos e somente aceita as genuflexões como resposta a sua pretensa autoridade moral.

A sociedade brasileira vive mais um de seus momentos de crise. Crise econômica, crise política, crise financeira, conflitos sociais, violência exacerbada, e a de agentes públicos sob investigação. Nada que não tenhamos vivenciado nos últimos cinquenta anos. A sociedade democrática e aberta corrige seus próprios defeitos.

* Pronunciado pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Maranhão, Dr. Luiz Gonzaga Martins Coelho (Biênio 2016-2018), em 14 de junho de 2016.

A história recente do Ministério Público se confunde com a redemocratização do País. Se olharmos para o passado recente, veremos que não foi por mera coincidência que a lei da ação civil pública é contemporânea da campanha das Diretas Já. Também não é por mera coincidência que o primeiro Impeachment seja contemporâneo da lei de improbidade administrativa.

São tantos os exemplos de instrumentos postos à sociedade para a sua defesa pelo Ministério Público, que passaríamos a noite inteira elencando-os, se quiséssemos escrever a História do Direito Brasileiro por meio desta Instituição.

Por isso, não existe melhor momento para a afirmação histórica das instituições democráticas, não há melhor período para que se definam as atitudes, para que se aclarem as consciências, do que o turbulento momento em que vivemos e do qual se espera uma sociedade melhor.

É o momento em que o Ministério Público demonstrará à sociedade brasileira o seu amadurecimento, o seu compromisso constitucional e a capacidade que cada um de seus membros possui de, a seu próprio modo de agir e segundo seus critérios de oportunidade, enfrentar os desafios e fazer cumprir o compromisso insculpido na sua Lei Orgânica e na Constituição da República.

Tornar concretas a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público significa desconhecer distinção de instâncias. A atuação integrada de Promotores e Procuradores de Justiça, respeitada a independência funcional, visa atender a aspiração da sociedade por uma ação institucional cada vez mais eficaz e resolutiva. Unidos construímos o Ministério Público forte e independente que a cidadania exige.

É o momento de reconhecer que esse amadurecimento se deu por caminhos trilhados por todos os seus membros, em especial por aqueles que conduziram a Instituição depois da Constituição Cidadã de 1988. É hora de registrar as contribuições de Elimar Figueiredo de Almeida e Silva, de Jamil de Miranda Gedeon Neto, de Raimundo Nonato de Carvalho Filho, de Suvamy Vivekananda Meireles, de Francisco das Chagas Barros de Sousa, de Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro e de Regina Lúcia de Almeida Rocha.

Tive a honra e o privilégio de ter participado de sua equipe, Dra. Regina, pelo que agradeço a confiança em mim depositada.

Não se pode deixar de enaltecer ainda o trabalho compromissado e competente de todo o quadro de servidores, sobre o qual recai a missão de tornar eficaz a atuação finalística do Ministério Público.

E tal atitude – de efetivar a radicalidade de nossa missão constitucional – será mais eficiente à proporção que o princípio da unidade inspire cada um dos membros do Ministério Público.

No Ministério Público, a superação de diferenças e dificuldades, com respeito à independência funcional, o aprendizado de atuar coletivamente, tem nome próprio: Princípio da Unidade.

Queremos superar as barreiras divisionistas, romper os diques da estagnação, fazendo coexistirem os diferentes pensamentos e fomentar o inevitável e salutar debate de ideias, pois a construção da paz não se faz com a eliminação das diferenças, mas com o respeito democrático à diversidade.

Nossa missão há de ser pautada na tranquilidade e na certeza de que o novo deve ser construído com firmeza de ações, sabedoria e serenidade.

Insisto: é sob a inspiração desse princípio da unidade que começo por convidar a todos para, mais uma vez, termos um Reencontro. O Reencontro com os ideais que abraçamos quando escolhemos a carreira de Promotor de Justiça, cujas dificuldades podem ser sintetizadas na antiga máxima de que “mais do que ter a coragem para ganhar inimigos, há de se ter coragem para perder amigos”.

Reafirmo o compromisso com a defesa intransigente das garantias e prerrogativas dos membros do Ministério Público. O compromisso com a independência funcional e com a existência de dignas condições de trabalho, das quais não se aparta a sua segurança pessoal e de sua família. Nenhum Promotor de Justiça estará só. Tenham certeza disso.

No reencontro com a sociedade, com a qual o diálogo será permanente e transparente, o Ministério Público assume o compromisso de trabalhar com as pessoas e não apenas para as pessoas.

O reencontro mediante gestão participativa, impessoal e transparente. A autonomia do Ministério Público só faz sentido se puder ser exercida com a sociedade e em prol do cidadão. A autonomia não é um escudo que afasta, mas um escudo que protege o cidadão, que permite ao Ministério Público escolher a sociedade antes do Estado.

A competência não é uma virtude solitária. Competência exige engajamento, e por isso, a execução do Planejamento Estratégico será o norte de uma administração que primará pela impessoalidade nas esco-

lhas e na coparticipação da sociedade civil como critério de delimitação das prioridades eleitas. Em atendimento à sociedade, implantaremos o novo modelo de governança de gestão por competência, tendo por base os três pilares – conhecimento, habilidade e atitude – aprimorando a lotação dos servidores, de acordo com o perfil, atribuições básicas do cargo, reorganizando-os de modo a uniformizar o tratamento, em prol da atividade finalística da Instituição, pautada no SER, acrônimo de Solidariedade, Eficiência e Resolutividade.

O Ministério Público é a voz da sociedade perante todos os Poderes. Onde existir interesse do cidadão, lá estará o Ministério Público, exercendo o papel de advogado da sociedade, atuando sempre guiado pelo interesse público e pela busca do bem comum.

E essa voz da sociedade clama pela qualificação da atuação ministerial no enfrentamento da corrupção e da improbidade administrativa, que será norte desta Administração.

Servir à sociedade e garantir a cidadania, com base na promoção da Justiça e defesa da Democracia, são os pilares de nossa razão de existir institucional.

Não posso encerrar estas palavras sem manifestar minha gratidão aos que cruzaram meu caminho e me fizeram um caminhante melhor: Deus, fonte de sabedoria e luz; aos meus saudosos pais, sempre presentes como meus paradigmas de honestidade e humildade, a base familiar; minha esposa; meus filhos, razão de minha vida; e todos aqueles que ajudaram a me construir como sertanejo, como Promotor de Justiça, como homem e cidadão.

Agradeço a todos que contribuíram para que esse momento de reencontro se concretizasse: à Comissão Eleitoral, ao Eg. Colégio de Procuradores, ao Conselho Superior do Ministério Público, a cada colega que participou do processo eleitoral, em especial, àqueles que com desprendimento e respeito souberam honrar suas candidaturas. Obrigado meus colegas, Cutrim, Justino e Marco Aurélio, por terem enriquecido o debate institucional.

Encerrou-se o processo de escolha para o cargo de Procurador-Geral. Estou de mãos estendidas para que unidos prossigamos com o trabalho de transformação social da nossa Instituição: servir ao povo.

E agradeço, citando Thiago de Melo: “[...] *meus caminhos de hoje são os mesmos de ontem, o que é novo em mim é o jeito de caminhar*”.

Tenham por certo que esta gestão terá como princípios o decidir pelo coletivo e o liderar pelo exemplo.

DISCURSO DE ABERTURA DO VI CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO*

Saudações,

A sociedade brasileira do século XX sempre conheceu e a do século XXI conhece o Ministério Público. E conheceu pelo trabalho de tantas pessoas, desde Roberto Lyra até Aristides Junqueira, e conhece por tantos outros membros que se destacam no dia a dia do Fórum ou do contato direto com a sociedade, ou que, mesmo na atuação discreta, cumprem seu múnus constitucional.

Uma Instituição é feita sobretudo de seres humanos, cada um deles com seu próprio talento. Rotular pessoas pela forma como atuam, e querer moldar sua forma de agir, é sempre uma postura desrespeitosa. Quando isso se dirige a um membro do Ministério Público, chega a ser um atentado à sua independência funcional. E os atentados aos membros do Ministério Público são atentados diretos à sociedade, principalmente aos mais pobres.

Quem afirma que os membros do Ministério Público somente agora são conhecidos da imprensa, provavelmente não lia os jornais da década de 70, quando Promotores de Justiça enfrentavam a polícia do Sr. Sérgio Paranhos Fleury, nem assistia pela televisão a notícias das sessões de Tribunal do Júri. Mas no momento em que a seletividade penal cedeu lugar à transparência, a Casa Grande rugiu, e o medo da verdade ressuscitou o espectro dos tempos sombrios da censura, onde antes de falar já se estava errado, dando-se feições delituosas à liberdade de expressão.

É preciso lembrar que não somos anônimos. Não chegamos na República por acidente e nem por oportunismo. Não somos como

* Pronunciado pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Maranhão, Dr. Luiz Gonzaga Martins Coelho, em 12 de dezembro de 2016 durante a abertura do VI Congresso Estadual do Ministério Público do Estado do Maranhão, cujo tema foi “O Ministério Público em defesa da ética e da democracia: caminhos, desafios e esperanças...”.

ervas invasoras que crescem na mata recém-devastada. Somos a pedra de toque entre os poderes, somos a voz da sociedade perante todos os poderes.

Era comum, nos discursos e nos textos jurídicos produzidos após a Constituição de 1988, se ouvir e ler que essa Constituição trouxera novos matizes ao Ministério Público.

Também era comum, nos discursos e nos textos, repetir-se que o Ministério Público era instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado.

Nos anos mais recentes havia até quem se enfadasse de tanto ler e ouvir essas palavras, mas, repeti-las, não era e nem é um despropósito.

Não há maturidade na Democracia sem instituições fortes, imprensa livre e o povo nas ruas. A falta de qualquer um desses elementos torna a Democracia uma demagogia e a República uma *Res Privada*.

Não deixaremos de repetir: o Ministério Público é uma Instituição de Estado, e por isso é permanente. Não pode ser extinta, recortada e nem tolhida, quer por leis explícitas quer sob o color de medidas camufladas de austeridade fiscal.

Imaginar-se um Ministério Público em que seus agentes não podem tornar público o que é de seu interesse, explicar ao público aquilo que em si mesmo já é público, é um pesadelo Kafkiano, em que Joseph K. dessa vez é mudo, acaba ficando surdo, e depois até cego, pois até observar os fatos já lhe é proibido. Uma metamorfose macabra regada pelos prantos dos que clamam por Justiça.

Ministério Público sem sedes, sem autonomia financeira real, sem funcionamento pleno, é como uma aldeia Celta cercada por uma Legião Romana. Definhará até a morte.

É por tudo isso que, neste momento, em que mais uma vez sentamos à mesa para mais um congresso anual, conclamo a todos para repetirmos diariamente, como um Mantra, que “O Ministério Público é Instituição Permanente e essencial”.

A cada nova ideia, novo projeto, nova proposta de trabalho, novo debate que tivermos nos próximos dias, devemos ter como paradigma que a permanência e a essencialidade de nossa Instituição nos autorizam a pensar para frente, pensar com ousadia, com destemor e com vocação. Pensar que não serão propostas de Direito Penal de Autor com tipos penais mofados de autoritarismo que nos farão recuar.

Não, senhoras e senhores. O Ministério Público não recuará, não retrocederá.

Uma parte de mim
É todo mundo;
Outra parte é ninguém:
Fundo sem fundo.

Uma parte de mim
É multidão:
Outra parte estranheza
e solidão.

Uma parte de mim
pesa, pondera;
outra parte
delira.

Uma parte de mim
é permanente;
outra parte
se sabe de repente.

Como no poema de Ferreira Gullar, o membro do Ministério Público se traduz como igual a todo mundo, mas não deixa de lado que também é alguém próprio, a se inventar, a se descobrir, aquele que, para defender a multidão guarda em si próprio angústias para a sua solidão, aquele que pesa e pondera o possível, mas se necessário delira, para o sonho de uma sociedade mais justa.

Como disse Maiakovsky, “O Mar da história é agitado”. Mas nós o cruzaremos “como a quilha do barco corta as ondas”.

Nesses mares, se navegar é preciso, como adverte o poeta Fernando Pessoa, viver não é preciso, no sentido de exato, lógico. Mas é absolutamente lógico, em nosso ambiente social, deduzir que, para a construção dessa sociedade que pretende exercer seu direito fundamental a uma Administração proba e honesta, é indispensável contar com um Ministério Público forte.

O combate à corrupção e o resgate da democracia e da ética nos espaços público e privado têm sido protagonizado pelo Ministério Público em um momento em que a intolerância, a falta de diálogo, a violência e o desrespeito ao Estado Democrático de Direito exigem de nossa Instituição uma renovação e uma atuação cada vez mais comprometida com a sua missão constitucional.

Para tanto, é impositivo agir com estratégias suficientemente amadurecidas, aptas para esse enfrentamento, a partir de planejada capacitação e pelo repensar contínuo da atuação institucional.

Não existem respostas certas, sem acertadas questões. O VI Congresso Estadual do Ministério Público nos ajuda nesse questionamento. Quais os caminhos? Quais os desafios? O que se espera do Ministério Público? Para o Brasil? Para a pessoa humana?

Responder essas questões é aceitar o convite ao debate plural, diverso e ético, iluminado pela partilha do conhecimento.

É como consta do panfleto de nosso Congresso: “A democracia e a ética são valores do Estado Brasileiro, da cidadania e do ser humano, na riqueza de sua diversidade e pluralismo. Como valores devem estar incorporados na atuação e na projeção dos horizontes para o Ministério Público”.

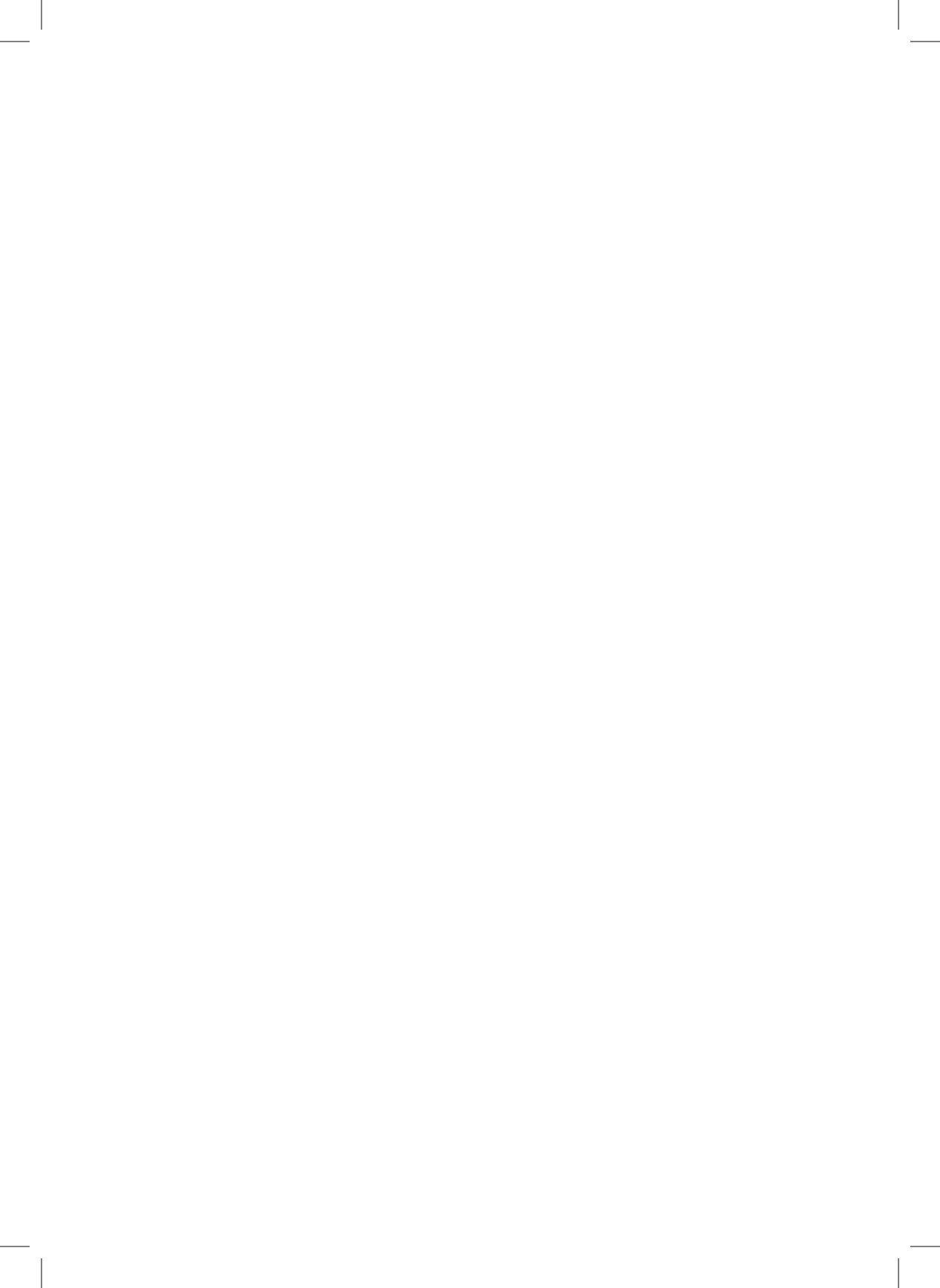
Esses são nossos desafios.

Agradeço à equipe da Escola Superior do Ministério Público, na pessoa da Promotora de Justiça Ana Teresa Silva de Freitas, pela direção científica deste evento. Agradeço, ainda, em nome do Promotor de Justiça Tarcísio Bonfim, à Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, pelo apoio institucional. A toda equipe da Procuradoria Geral de Justiça, que viabilizou nosso encontro, nestes dois dias, minha gratidão. A cada palestrante convidado, a cada debatedor, o Ministério Público maranhense agradece a honra de ter merecido o aceite de nosso convite. Sejam bem-vindos!

Convido a todos, Procuradores e Procuradoras de Justiça, Promotores e Promotoras de Justiça, servidores, estagiários, magistrados, defensores, advogados, operadores do sistema de Justiça, estudantes, cidadãos, enfim, todos que prestigiam nosso evento, a dele se apropriarem como oportunidade para cruzarmos esses mares tempestuosos, com a quilha reta e certa na direção das conquistas éticas e democráticas para toda nossa sociedade. Sigamos avante! É preciso ter a esperança de alcan-

çar um outro e melhor horizonte! É preciso ultrapassá-lo, com a bússola da Justiça e as velas estufadas pelos bons ventos da cidadania e dos direitos garantidos e respeitados. Alcançaremos a bonança após as tempestades, se nos prepararmos com o aprimoramento de nossa conduta com ética e de forma democrática, pois, como disse o poeta Willian Shed, “*um barco está seguro no porto, mas não é para ficar no porto que os barcos são feitos*”. Obrigado por estarmos juntos nesta jornada.

Bom congresso para todos!



A REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO – *JURIS ITINERA* é um periódico anual destinado à publicação de trabalhos produzidos por membros do Ministério Público e outros pensadores do Direito.

Normas para apresentação dos trabalhos

1. Os textos serão apreciados e aprovados, ou não, pelo Conselho Editorial, preservando-se a identidade do autor, quando da indicação destes;
2. Somente serão aceitos artigos inéditos;
3. Compete ao Conselho Editorial introduzir modificações nos originais de ordem formal e gramatical, ouvido o autor, visando a homogeneidade e qualidade da Revista;
4. As ideias e conceitos produzidos nos trabalhos são de responsabilidade exclusiva dos seus autores, não representando, necessariamente, o pensamento da Instituição;
5. Os originais dos trabalhos apresentados não serão devolvidos;
6. Os trabalhos somente serão apreciados se atendidas as condições seguintes:
 - a) redigidos, preferencialmente, em português, no impessoal e encaminhados em uma via impressa, juntamente com o respectivo arquivo eletrônico, em formatação *Word for Windows*; b) apresentados em papel A4; c) configurados em espaço simples; d) escritos em tamanho 12, com base na fonte *Times New Roman*; e) adstritos, no máximo, a 20 (vinte) laudas.
7. O Conselho Editorial se reserva o direito de adequar os artigos às normas disciplinadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT;
8. Os artigos devem conter o nome do autor e suas credenciais, bem como resumo e *abstract*, constituídos de uma sequência de frases concisas, não ultrapassando 150 palavras. Devem apresentar, também, palavras-chave e *keywords* logo abaixo do resumo e *abstract*, separadas entre si por ponto;
9. Deve-se utilizar o sistema autor-data para as citações no texto e o sistema numérico para as notas explicativas (notas de rodapé);
10. Os casos omissos serão decididos pelo Conselho Editorial, não cabendo recurso de suas decisões.

Endereço para o envio de originais

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO
Coordenadoria de Documentação e Biblioteca
Av. Prof. Carlos Cunha, nº 3261, Calhau. São Luís – Maranhão
CEP: 65076-820 - Tel.: (98) 3219-1656 - Fax.: (98) 3219-1657
E-mail: biblioteca@mpma.mp.br