

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO

# REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO

Vol. 7, nº 2, jul-dez 2011 - ISSN 2238-0604

## SUMÁRIO

*Apresentação*

6

*Direito e literatura:  
intersecções a partir de alice no país das maravilhas*

9

*Direitos fundamentais, criminologia e a  
mediatização do delito como antecipação de pena pela sociedade*

33

*Os genocídios do século XX  
e a conscientização dos Direitos Humanos*

49

*A propriedade no direito muçulmano:  
uma análise comparativa com o direito brasileiro*

68

*Espaço local, cidadania e inclusão social: perspectivas a partir das  
políticas públicas educacionais*

104

*As decisões de constitucionalidade no  
direito brasileiro: algumas reflexões hermenêuticas*

127

*A democracia brasileira e a pena privativa de liberdade: alternativas que  
preservam a dignidade humana*

147

*Quem pode menos paga mais: tributação  
sobre o consumo no brasil e democracia*

167

## APRESENTAÇÃO

Caro leitor,

Com a presente edição, a Revista Brasileira de Direito (RBD), vinculada à Escola de Direito da Faculdade Meridional (IMED), dá sequência ao seu projeto de espaço de plural de socialização de pesquisas acadêmicas.

A Revista reúne textos de eminentes juristas, autores de renome nacional e internacional, centrados em analisar, de forma crítica e interdisciplinar, as temáticas propostas.

Nesta edição temos a grata satisfação de contar com a participação dos pesquisadores Albano Marcos Bastos Pêpe e Paulo Ferrareze, que apresentam a possibilidade de pensar o Direito fora da normatividade, por meio da aproximação do campo jurídico com outras dimensões do conhecimento, como o da literatura. A partir da obra de Lewis Carroll, *Alice no País das Maravilhas*, é possível encontrar analogias que podem se constituir como importantes pistas para que o Direito caminhe em direção à cura de suas angústias históricas e a novas formas de resolver os conflitos sociais.

A temática dos “direitos fundamentais, criminologia e a mediação do delito como antecipação de pena pela sociedade” é tema do artigo de Anderson Vichinkeski Teixeira e Marcelo Eron Rodrigues da Silveira. Para os autores, os meios de comunicação em massa, ignorando direitos e garantias fundamentais da Constituição brasileira, usurpam do Poder Judiciário funções a ele inerentes, contribuindo para a difusão da doutrina do Direito Penal do Inimigo, de Jakobs, e para a antecipação de penal pela própria sociedade.

O pesquisador Florisbal de Souza Del’Olmo retrata “os genocídios do século xx e a conscientização dos direitos humanos”, com reflexões sobre as violações dos direitos humanos no século XX,

evidenciando o desprezo aos direitos humanos nos regimes marcadamente capitalistas e comunistas, bem como a inserção desses direitos nas legislações de diferentes Estados.

Realizar uma análise comparativa entre a “propriedade no direito muçulmano e no direito brasileiro” é a proposta do artigo de Kelly Lissandra Bruch. A partir dos fundamentos do direito muçulmano, estuda o direito real, nos âmbitos da posse e da propriedade, e traça um paralelo entre alguns institutos do direito brasileiro e do direito muçulmano.

Na sequência, as pesquisadoras Marli Marlene Moraes Costa e Suzete da Silva Reis dissertam sobre o ‘espaço local, cidadania e inclusão social, no contexto das políticas públicas educacionais’. Para as autoras, a política pública educacional constitui-se em pressuposto para o desenvolvimento pleno da cidadania e da inclusão social, mostrando-se imprescindível para a consolidação do modelo de Estado Democrático de Direito.

Com o objetivo de problematizar a dogmática do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, especialmente após as recentes reformas no texto constitucional, Maurício Martins Reis, analisa as “decisões de constitucionalidade no direito brasileiro”, a partir da hermenêutica. O autor demonstra que a constitucionalidade é um juízo de predominância hermenêutica, cujas raízes repousam, a despeito da cultura de uma alegada objetividade constitucional, dita abstrata, em situações existenciais de experiência vivida ou perspectivada em conjecturas argumentativas indissociáveis do imaginário humano, tributário do mundo da vida.

Em continuidade, Neuro José Zambam e Airton Juarez Ickert partem do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana para indicar alternativas para a pena privativa de liberdade. Segundo o estudo, há emergência de alternativas que visem à punição dos culpados pelos delitos cometidos e a sua reinserção social, utilizando métodos que preservem a dignidade humana e a condição de sujeito de direitos dos envolvidos.

Centrados no enfoque na tributação brasileira sobre o consumo, Rafael Santos de Barros e Silva e Valcir Gassen, refletem sobre a violação do princípio da isonomia, da Capacidade Contributiva e

da Pessoaalidade na incidência tributária sobre o consumo, resultando em uma carga tributária maior para quem pode menos. Desse modo, a concentração da tributação no consumo implica regressividade fazendo com que os cidadãos de menor poder aquisitivo tenham maior parcela de seus rendimentos subtraída pelo pagamento dos tributos embutidos nos preços das mercadorias.

Com essas significativas contribuições, apresentamos a Revista Brasileira de Direito (RDB).

Agradecemos a colaboração dos autores dos trabalhos que ora publicamos, de todo o corpo editorial e avaliadores.

Boa leitura!

Diretores da revista

DIREITO E LITERATURA:  
INTERSECÇÕES A PARTIR DE ALICE NO PAÍS DAS  
MARAVILHAS\*

LAW AND LITERATURE:  
INTERSECTIONS FROM ALICE IN WONDERLAND

*Albano Marcos Bastos Pêpe\*\**

*Paulo Ferrareze Filho\*\*\**

Para o surrealista, o absurdo não tem uma conotação pejorativa [...] o absurdo reitera a necessidade de múltiplas compreensões do mundo (Warat).

**Resumo:** Diante da proposta de se pensar o Direito fora da normatividade é que se aproximam do campo jurídico olhares de outras dimensões do conhecimento. A partir da obra de Lewis Carroll, *Alice no País das Maravilhas*, é possível encontrar analogias que podem se constituir como importantes pistas para que o Direito caminhe em direção à cura de suas angústias históricas. A metodologia aplicada ao estudo se concentrou na pesquisa bibliográfica. Diante dos paralelos feitos, observou-se que também ao Direito importaria a coragem de Alice, já que poderia valer-se dos aspectos inconscientes narrados pela psicologia como forma de alargar o conhecimento de uma “ciência” que, apesar de tratar com seres humanos, pouco conhece deles. Concluiu-se, também, que os novos olhares trazidos

\* Conferência apresentada na V Semana Jurídica da UNIRON/RO, no dia 27 de maio de 2010, na cidade de Porto Velho - RO.

\*\* Doutor em Direito pela UFPR. Professor na Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA

\*\*\* Mestre em Direito pela UNISINOS/RS. Professor na Faculdade AVANTIS/SC.

para o Direito podem significar novas formas de resolver os conflitos sociais. Assim, utilizando-se da teoria propagada por Luis Alberto Warat, especialmente no livro *Manifesto do Surrealismo Jurídico*, propõe-se ir além das velhas dicotomias do Direito e promover a mediação como caminho possível para resolver os problemas sociais e trazer conforto psíquico às pessoas que estejam em conflito.

**Palavras-chave:** Direito. Inconsciente. Surrealismo Jurídico.

**Abstract:** With the proposal to think the law outside the normativity, other views of knowledge are able to approximate the juridical field. Based on the work of Lewis Carroll, *Alice in Wonderland*, it is possible to find analogies that can become important leads to the law in its walk towards the healing of historical anxieties. The methodology applied to the studies concentrated itself on bibliographic research. Given the created parallels, it was also observed that Alice's courage mattered to the law because it could resort to unconscious aspects narrated by psychology as ways to extend knowledge of a "science" that, even though deals with human beings, knows very little about them. It was concluded also that the new perspectives brought to the law could mean new ways to resolve social conflicts. Therefore, using the theory propagated by Luis Alberto Warat, especially in *Manifesto do Surrealismo Jurídico*, it is proposed to go beyond old law dichotomies to promote the mediation as a possible way to resolve social conflicts and bring psychic relieve to those who are in conflict.

**Keywords:** Right. Unconscious. Legal Surrealism.

## Introdução

Alice, assim como os juristas, mastiga uma angústia diária. Começa sua fábula aborrecida, maculada pela grande dor da vida, *cansada de estar sentada ao lado da irmã na ribanceira, e de não ter nada que fazer [...]* Alice mal podia refletir (qualquer remissão ao

azedo “operador irreflexivo do Direito”, que simplesmente manuseia uma máquina que desconhece, é mera coincidência...) já que *o calor a fazia se sentir burra e sonolenta*.<sup>1</sup>

A angústia que Alice mastiga não pode ser desfeita nem pela maceração dos dentes nem pelas enzimas salivares. A angústia dela é a mesma que acompanha a história da civilização: ela também quer descobrir verdades, as suas personalíssimas verdades. Vê-se envolta em um sublime terremoto particular, em que os mais suaves sismos se transformam em grandes movimentos tônios em seu interior. Buscar respostas é, então, seu objetivo (in)consciente. A Alice de Lewis Carroll e o Direito se reconhecem, desde já, na intimidade que têm com a (sensação de) angústia<sup>2</sup>.

No Direito, esse desassossego já vem de há muito apontado pelas correntes críticas. Cansativamente narradas, as angústias jurídicas pairam, com mínimas variações, sempre sobre conhecidos problemas e fracassos. (1) Fracasso do positivismo-lógico-dedutivo-apriorístico, que afasta *jus* e *lex* sem condições de responder a efervescência pluralizada que é gritada nas ruas<sup>3</sup>; (2) monarquia de uma instrumentalidade burocrática, que retarda a solução dos problemas no único mundo que existe mas que segue divisado nos insistentes manuais de Direito que ainda separam o mundo em “real” e “jurídico”; (3) hipocrisia do discurso em torno do “princípio da segurança jurídica”, fórmula institucionalizada como tentativa de anestesiar o instinto misonéista próprio da natureza humana; (4) esquecimento do caráter tópico-problemático do Direito, um olvido que funciona como alicerce das *decisões dadas de antemão* e que alimenta perniciosamente uma cultura empobrecida pela “riqueza” das súmulas e, por fim, (5) o “estado de natureza herme-

1 Personagem afamada de CARROLL, Lewis. *Aventuras de Alice no País das Maravilhas; Através do Espelho e o que Alice encontrou por lá*. Trad. Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 13.

2 Ainda que haja alguma referência textual sobre as angústias de Alice, é na adaptação ao cinema, do diretor Tim Burton, que ficam explícitas as dúvidas que angustiam Alice, em especial a decisão que precisa tomar entre aceitar ou não o pedido de casamento de seu pretendente.

3 Ver WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio: Direito Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia*. Trad. Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

nêutico” (Streck) gerado pela produção arbitrária das decisões que se alheiam da construção constitucional como fundamento. Todos esses fios condutores compõem o que se poderia chamar de *top five* em matéria de discurso crítico do Direito contemporâneo. Afinal, desconstruir é algo que nunca fica *démodé* em todo discurso que pretende criticar...

A vida de Alice, tal qual a vida do Direito e dos juristas engravatados (em época em que o já tórrido calor brasileiro entre trópicos é temperado com os fenômenos *niño* do tempo), é burocrática. Diante desse sufocamento que alija tanto Alice quanto o Direito das verdades capazes de curar suas angústias, é preciso indagar: como superar o oceano de incertezas que separa Alice dos continentes que guardam suas próprias verdades? Como fazer com que os juristas *des-cubram* as entrelinhas capazes de fazer brotar as novas verdades que amenizarão as angústias do Direito?

Para os mais ortodoxos – e são tantos no Direito – pode parecer uma grande loucura falar da intocável “ciência jurídica” por meio de uma fábula infantil do século XIX. Direito e Literatura, por si só, é mistura que não entra sem estardalhaço na cabeça dos escravos da lógica<sup>4</sup>. Mas como se esquecer da literatura no Direito, ela que é um esforço para tornar a vida real, a única forma de tornar transmissíveis as impressões do mundo, como diz Pessoa<sup>5</sup>. Aos que a rejeitam no Direito, sequer é possível culpá-los, afinal, quem poderá explicar de onde brota a sensibilidade? Ou será que ela brota em todos e só depois é que somos adestrados/domesticados pela moral, os (bons?) costumes, a lei e o Direito? Educados para ser partícipes da fábula real das certezas... Seja como for, é da natureza da tradição negar o novo. A tradição tem aversão à que o institucio-

4 Para SCHWARTZ, Germano. *A Constituição, a Literatura e o Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13 e 18; a tarefa de conciliar Literatura e Direito tem origem no movimento estadunidense (Law and Literature Movement), que buscou uma abordagem sociológica do Direito. Citando Ost (*O Tempo do Direito*), o autor refere o quadro de inaptidão e desapontamento tanto da ciência jurídica quanto das pessoas em relação ao simbolismo do Direito, já que ele passa a funcionar em um tempo distanciado do tempo social, repetindo e entronizando o passado e esquecendo de construir o futuro

5 PESSOA, Fernando. *Livro do Desassossego*: composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 140-141. Pessoa ainda colabora com a proposta do Direito e Literatura quando afirma que nas teorias há mentira e que a verdade é, tão somente, das metáforas, p. 102.

nalizado seja posto em xeque. Nas terras do Rio Grande do Sul, os *Centros de Tradição Gaúcha* – CTG, não aceitam, por exemplo, que homem use brinco na orelha, já que o adereço – dizem – é insígnia própria da mulher. Usar brinco dentro do microuniverso gauchesco é antidemocrático...então, antes de rasgar a tradição, melhor rasgar a orelha de quem não se harmoniza à ela...

Aos juristas medianos e medíocres – no sentido colocado por Ingenieros<sup>6</sup>, essa subversiva tentativa de caminhar entre a Literatura e o Direito é vista como loucura, ingenuidade. Tudo deve ter utilidade prática, dizem. Esquecendo-se de que as “utilidades” são tão domesticadas quanto eles mesmos. Falar de loucura é importante para promover interlocuções entre o Direito e a fábula de Alice, especialmente quando se tem como pano de fundo o surrealismo jurídico. Não sem razão que é de loucura que são comumente qualificadas todas as manifestações surrealistas...Que o diga o bigode espetado de Dalí<sup>7</sup> ou os dois maridos da ciência jurídica criados por Warat<sup>8</sup>. Entender a falta de espaço do surrealismo no mundo contemporâneo, tão escravo da racionalidade, é ter a certeza de que Dalí, se fosse vivo, seria reprovado nos testes “psicotécnicos” das auto-escolas brasileiras. É comum nesses testes que se solicite ao candidato que desenhe um homem atrás de uma árvore. Avalia-se, então, a existência de lógica na produção do desenho: se há um chão que sustente os elementos; se, de fato, o candidato desenha uma pessoa etc... Dalí desenharia um pênis no lugar da árvore, um céu no lugar do chão e um cachorro com asas no lugar do homem...Eis um pequeno

6 Trata-se de uma alusão à obra de INGENIEROS, José. *O Homem medíocre*. Curitiba: Editora do Chain, 2008. No texto o autor esclarece que não há o tom pejorativo que correntemente se aplica ao medíocre, chegando, inclusive, a ressaltar a necessidade do medíocre na sociedade. Ainda assim, relata Ingenieros que o medíocre representa a grande argamassa social, o meio, aquele que está sujeito a dogmas, que é escravo de fórmulas paralisadas pela ferrugem do tempo e sem ideais. Para esses homens, suas rotinas e seus preconceitos parecem eternamente invariáveis; sua imaginação obtusa não concebe a perfeição passada nem a vindoura; o estreito horizonte de sua experiência constitui o limite forçoso de sua mente, p. 37.

7 Salvador Domingo Felipe Jacinto Dalí i Domènech, 1º Marquês de Dalí de Púbol (Figueres, 11 de Maio de 1904 — Figueres, 23 de Janeiro de 1989), conhecido apenas como Salvador Dalí, foi um importante pintor catalão, conhecido pelo seu trabalho surrealista. O trabalho de Dalí chama a atenção pela incrível combinação de imagens bizarras, oníricas, com excelente qualidade plástica.

8 Em alusão à obra WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

exemplo de que a generalidade – e sua produção – não tem espaço no mundo sufocador da lógica, na sociedade hiper-racionalizada, para usar a expressão de Gadamer.

Quase três séculos antes de Alice se eternizar na literatura mundial pelas mãos de Carroll, Erasmo de Rotterdam, em meio à efervescência do renascimento europeu no século XVI, escreveu *Elogio à Loucura*<sup>9</sup>, tornando-a, ao mesmo tempo, personagem e narradora de seu relato. A Loucura, então, explica que está presente desde a mais pueril tolice até o absoluto desvario. Que todas as ocorrências do mundo são motivadas por ela e suas infinitas facetas. *Atrás de toda razão, há uma desrazão*, diz Erasmo. A loucura ganha aqui amplitude e passa a ser compreendida também como a *adesão consciente ao comodismo*, o ingênuo comodismo. Essa acomodação, essa paralisia, essa inércia diante do posto, são também chamadas por Erasmo de loucura. É contra essa acomodação perniciosa do Direito, que o mundo fantástico de Carroll pode servir de caminho. Um caminho que desembocará na proposta do surrealismo jurídico propagada por Luis Alberto Warat. Em uma dessas tantas faces, ser louco é pretender manter a sensatez em um mundo de loucos que não se sabem loucos. É também, repita-se, uma pitada de ingenuidade consciente. Ou, pergunto, não existe uma gigantesca e sublime ingenuidade, uma loucurinha amena dos juristas que ainda acreditam que a vida está contida nos Códigos? Ou não há um consenso ingênuo e consciente de que é o Caos o grande rei dos Tribunais? Esse direito dos Tribunais que muda tal qual a direção dos ventos e as vontades soberanas...

É por acreditar que toda modificação carece do abandono do lugar comum e da vitória sobre a qualidade misoneísta – o velho medo do novo e do desconhecido – que a analogia de Alice é trazida para os engessados espaços do Direito. E a loucura sensível do surrealismo é o caminho para que a criatividade – somente ela – nos mostre a possibilidade do novo. *O novo que é urgente no Direito*. Philippi<sup>10</sup>, em metacomentário à *Fenomenologia do espírito* de Hegel

9 Consultar ROTTERDAM, Erasmo. *Elogio da Loucura*. Trad. Ana Paula Pessoa. São Paulo: Sapienza, 2005.

10 PHILIPPE, Jeanine Nicolazzi. Uma perturbação que se Manifesta como Angústia. In: CONTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Direito e Psicandlise*: Interseções e Interlocuções a parte de “A Hora da Estrela” de Clarice Lispector. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 132.

feita, antes, por Lacan, sentença: “a única saída para superar a agonia das coisas que se recobrem, das verdades que nunca se deixam tocar, é oferecer-se como objeto de sacrifício.” É assim que aqui se quer abanar em despedida ao Direito, sacrificando-o. Deixando que padeça até que pingue a última gota de sangue e de consciência. Que se faça morte de sua morbidez. E que, ao final, se amenize a angústia.

É essa amplitude que vai além da morte, que a escuta surrealista do Direito reclama. Para deixar que a ingenuidade se dê apenas em pitadas como quer a Loucura de Erasmo, mas que não reine tirânica e cega diante das sombras do Direito. Que se abra o caminho no País das Maravilhas do Direito. Que se desvele a imagem ocultada pelo espelho. Que seja a loucura o caminho em direção ao “estado do absurdo”...

## 1. Enfrentar as sombras: a coragem de Alice que falta ao direito

Para fazer as pazes com suas próprias sombras – que na psicologia analítica de Jung são representações do plano inconsciente<sup>11</sup> –, Alice precisa dar uma resposta à realidade e, ao mesmo tempo, convencer-se com suas respostas. Mas para construir essa autêntica realidade, precisa atirar-se no mundo irreal, na sua própria reserva selvagem (Warat). E segue os vestígios de irrealidade que aos poucos contestam os cristalizados conceitos impostos pelo seu meio. O coelho falante de vestes elegantes que perambula entre os jardins<sup>12</sup>, é um convite ao inconsciente. Um chamado às verdades escondidas nos sonhos, ao que Freud bem sedimentou na história da psicanálise como o caminho por excelência para o inconsciente, ou, a *via régia para o inconsciente*. Alice, ao buscar a fantasia e o simbolismo

11 Ver VON FRANZ, M. L. O processo de individuação. In: JUNG, Carl Gustav. *O homem e seus símbolos*. Trad. Maria Lúcia Pinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

12 CARROLL, *op. cit.*, p. 13-14: “quando viu o Coelho tirar um relógio do bolso do colete e olhar as horas, e depois sair em disparada, Alice se levantou num pulo, porque constatou subitamente que nunca tinha visto antes um coelho com bolso de colete, nem com relógio para tirar de lá, e ardendo de curiosidade, correu pela campina atrás dele”.

onírico – uma vez que a história se passa dentro de um sonho –, transgredir os padrões da sociedade burguesa e burocrática da Inglaterra do século XIX da qual pertencia.

O coelho branco se perde na escuridão de um buraco escondido no jardim, e incita Alice a descobrir-se, a dialogar com seus territórios desconhecidos. A aparente fragilidade da menina de cabelos louros é suplantada pela coragem: Alice se atira no invisível, no breu de uma extensa queda, *a queda não terminaria nunca?*<sup>13</sup> O coelho falante, a escuridão, a interminável descida, a deformidade das imagens em relação aos traços preestabelecidos da razão; todos esses elementos da narrativa revelam indícios de que é nas profundezas de si mesmo que Alice se lança. Sua queda é a abertura de um caminho interior, que busca responder as angústias que a estreiteza do estado de vigília não pode oferecer.

Esse desapego de Alice à racionalidade de traços predestinados é bravio, corajoso. E é essa coragem que o surrealismo, enquanto expressão do selvagem e do onírico, reclama do Direito. O movimento surrealista ganha relevância nessas linhas porque pode ser considerado um desdobramento artístico e literário das revelações de Freud sobre o inconsciente no início do século passado. Ainda que tenha mantido alguns vícios do paradigma científico-cartesiano nas suas teorizações sobre o inconsciente e os métodos psicanalíticos, o mérito de Freud é imorredouro. Foi por meio do estudo das neuroses de suas pacientes que, pela primeira vez, revelou que toda ação consciente estava ligada a uma raiz de natureza subliminar. A instauração da psicanálise freudiana foi marco de um movimento ruptural entre o antigo casamento das verdades científicas com a lógica cartesiana que, muito antes de Freud, já se havia iniciado.

O físico estadunidense Fritjof Capra aponta que para formular uma teoria científica, a psicanálise freudiana se valeu dos preceitos da física clássica newtoniana. O autor repete as palavras do próprio Freud: *os analistas são, no fundo, mecanicistas e materialistas incorrigíveis*. As estruturas psicanalíticas, desse modo, restam amarradas ao paradigma racional-científico, uma vez que não dão conta de superar o esquema sujeito-objeto próprio da filosofia moderna. A

13 Id., *ibid.*, p. 15.

teoria da personalidade de Freud se apóia em seus três elementos nucleares: *id*, *ego* e *superego*, todos vistos e nominados pela própria teoria como “objetos” internos, localizados e dispostos no espaço psicológico. O aspecto dinâmico da psicanálise, tal qual o da física de Newton, consiste em descrever como os “objetos materiais” interagem através de forças que são essencialmente diferentes da “matéria”. Essa umbilical relação entre psicanálise e física clássica torna-se flagrante quando consideramos os quatro conjuntos de conceitos que são base da mecânica newtoniana: 1) os conceitos de espaço e tempo absolutos, e o de objetos materiais separados movendo-se nesse espaço interagindo mecanicamente, 2) o conceito de forças fundamentais, essencialmente diferentes da matéria, 3) o conceito de leis fundamentais, descrevendo o movimento e as interações mútuas dos objetos materiais em termos de relações quantitativas e 4) o rigoroso conceito de determinismo e a noção de uma descrição objetiva da natureza, baseada na divisão cartesiana entre matéria e mente. Esses conceitos encontram correspondência com as quatro perspectivas básicas da psicanálise: *topografia*, *dinamismo*, *economia* e *genética*.<sup>14</sup>

É na tentativa de superação das barreiras impostas pela cultura, pelo sujeito cômico escondido no *cogito* e pela moralidade moderna, que a explicitação do lado humano recluso foi paulatinamente pintalgada na consciência histórica dos indivíduos. É possível afirmar que o desenvolvimento intelectual e emocional fomentado pela literatura romântica, bem como as tentativas de ruptura em relação à arraigada moralidade cristã – ainda muito presente na sociedade europeia do século XIX –, foram os grandes estímulos para que o aprofundamento humano pudesse ser colocado como algo a ser pensado pela ciência. Se, de um lado, Edgar Allan Poe<sup>15</sup> (1809-1849) e sua literatura fantástica, podem representar a emergente profusão literária da modernidade, de outro, a abertura da literatura erótica, fundamental para apoiar mais tarde Freud, deve

14 CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 171-173. O autor esclarece que o termo “genética”, usado pela teoria psicanalítica, se refere à origem dos fenômenos mentais, e não deve ser confundido com a acepção em que a palavra é usada na biologia.

15 Apenas de modo ilustrativo, ver POE, Edgar Allan. *Histórias Extraordinárias*. Trad. José Paulo Paes. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

muito ao ideal libertino de Sade<sup>16</sup> (1740-1814). Nessa mesma esteira, o surrealismo infantil de Carroll com o mundo das maravilhas de Alice, é apenas mais um dos tantos aportes literários e culturais que colaboraram, ainda que indiretamente, para a abertura histórica e coletiva do discurso do inconsciente.

Na esteira da metafísica clássica, mesmo tendo posto em cheque a moralidade cristã européia com o desmascare das pulsões sexuais, especialmente com a concepção edípica; Freud seguiu preso à armadilha objetificante do cientificismo. Formada a relação analista-paciente e a proposta de cura a partir da *autodescoberta por meio do outro*, o paciente passa a se tornar um “objeto de análise”, um objeto a ser desvelado, confirmando a instrumentalização da metódica freudiana. Para o êxito clínico, alertava Freud que era necessária uma *reconstituição da história do sujeito*, recomendando uma atenção flutuante do analista a ponto de não privilegiar *a priori* nada na escuta do paciente e a fim de repelir o risco de uma interpretação do analisando a partir de suas preferências pessoais e de seus conceitos prévios, ainda que meramente teóricos.<sup>17</sup>

É notável a proximidade entre os já apontados vícios do Direito que fomentam o atual discurso crítico e a teoria freudiana. Tal qual a psicanálise, também o Direito objetificou seu discurso. O positivismo jurídico – promotor da aplicação de um método dedutivo de aplicação de regras – não foi capaz de separar faticamente o Direito e a moral. O Direito, uma vez identificado com a lei positiva, sucumbiu diante de sua natureza rígida e objetivista, acabando sacrificado axiologicamente, e mantendo-se alijado da justiça (cisão entre *ius* e *lex*).<sup>18</sup> Esse equívoco do positivismo jurídico determinou a aberração virtual da criação de dois mundos: o “mundo real” e o “mundo jurídico”. O método no Direito manteve distanciada a “verdade no Direito”. Do mesmo modo que sofregamente tenta-se

16 Também ilustrativamente, indica-se SADE, Marquês de. *Filosofia na Alcova*. Trad. Contador Borges. São Paulo: Iluminuras, 2008.

17 COUTINHO JORGE, Marco Antonio; FERREIRA Nádia Paula. *Freud, criador da psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 18.

18 Consultar DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 15-29.

sedimentar a noção de cooriginariedade entre o Direito e a moral, superando o positivismo para promover o movimento neoconstitucionalista; também na psicologia, insiste-se na manutenção de uma teoria dogmática da psique humana e no método psicanalítico iniciado por Freud.

É o atrevimento de Alice que falta ao Direito e ao jurista de antanho, o jurista jurássico (lhes cai bem, inclusive, a combinação de palavras). *Atrever-se é um privilégio daqueles que têm valor*, sentença Warat.<sup>19</sup> E o atrevimento serve, simplesmente, como gatilho para promover o movimento. Tal qual a permissividade criativa das telas de Dalí, Magritte ou Picasso, o inconsciente, como reserva selvagem das interioridades humanas, é o espaço que permite a subversão, inclusive das estruturas sociais. O inconsciente possibilita rasgar as folhas da lei, escapar da moldura do Estado, meditar formas outras de curar as angústias do mundo (que contém o arrogante Direito que quer evocar um mundo próprio). Mesmo que o discurso do inconsciente já viesse narrado por seus predecessores, desde Aristóteles até os românticos alemães (Heinroth, Carus e Schopenhauer, este propositalmente arrolado mesmo que não seja enquadrado dentro da escola romântica), é pelas mãos de Freud que a relativização da monarquia racional se dá pela inserção do inconsciente como fonte das produções surrealistas.

*O surrealismo tenta provocar uma explosão nas máscaras de um cotidiano conformado, escravizado por uma maneira única de pensar, que se pretende puritana e logomaniaca.* Ao afirmar que a razão é a essência do homem, como insiste o legado de Descartes, já se está a afirmar a sua divisão, a existência de franjas marginais, conclui Warat<sup>20</sup> apoiando-se em Breton. Não se pretende com esse passeio literário oferecer respostas ou bóias de salvação para o Direito. O que se busca, simplesmente, é promover movimento. Abanar a fumaça inerte do Direito para que se desvelem novos ambientes, novos cenários. É como mover as lenhas da fogueira, não para aumentar a quantidade de madeira por impossível tarefa, mas para acender as que ficaram à margem, intocadas pelas labaredas.

---

19 WARAT, Luis Alberto. *Manifesto do Surrealismo Jurídico*. Disponível no blog do autor: <[www.luisalbertowarat.blogspot.com](http://www.luisalbertowarat.blogspot.com)>.

20 Id., *ibid*.

Freud é auxiliar para entender a energia vital que surge de todo movimento. Definiu uma dicotomia em sua teoria que bem traduz essa ausência de nomadismo no Direito: contrapôs a pulsão de vida (Eros) à pulsão de morte (Tânatos), sugerindo que a primeira indica movimento contínuo de vida e que a outra, ao contrário, simboliza a inércia absoluta representada com o defunto, com a morte, com o corpo carente de vida. *A morte designa o fim absoluto de qualquer coisa positiva: um ser humano, um animal, uma planta, uma amizade, uma aliança, a paz. Não se fala da morte de uma tempestade, mas sim da morte de um dia bonito.*<sup>21</sup>

É dessa vizinhança com a simbologia da morte que o Direito, assim como toda produção do conhecimento, deve se afastar. Mas porque esse é um escrito surrealista e que se pretende criativo, desvinculado do caráter unitário das verdades científicas; a morte pode se revestir de um sentido além do dado por Freud. Pode ser entendida como **revelação e introdução**, já que pretender novidades é ir atrás das iniciações e dos recomeços, esses que tem sempre a morte (simbólica) como prelúdio. A morte é agora marcada pelo seu poder regenerativo, fundador. Seja lá como se queira observar a morte e usa-la como analogia, o certo é que aqui será usada como forma de produzir energia de movimento, para fazer caminhar. Tal qual pretendia Eduardo Galeano quando comparava o horizonte às utopias, dizendo que estas são como o mutante horizonte que se esconde na medida dos avanços que se dá: servem para a grande tarefa de promover passos, diz Galeano.

É de pulsão de vida, de movimento, que está circundada Alice quando se permite a aventura de si mesmo, o lugar do novo, onde tudo nunca fora antes visto. O mesmo, porém, não acontece com o Direito. Ainda que a avalanche (re)produtiva seja deveras volumosa e possa até parecer pluralizada – e aqui lembre-se da extensa (re) produção jurisprudencial e doutrinária –, deve-se também lembrar que todos esses ingredientes borbulham na mesma caldeira, movendo-se limitados pelas barreiras da microesfera escaldante. Todos esses pequenos movimentos se deslocam, como em círculos, dentro

21 CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. *Dicionário dos Símbolos*. Trad. Cristina Rodrigues e Artur Guerra. Lisboa: Círculo de Leitores, 1997, p. 460.

do mesmo microuniverso estatal. Qual a floresta que confunde viajantes desorientados, fazendo-os tanto caminhar para retornar ao lugar de início, também o Estado, no que tange a complexa trama que envolve a solução de conflitos sociais, desbaratada, cega seus juristas aventureiros diante da imposição das premissas com as quais dele se há que partir. Se não há percepção capaz de promover a fuga desse cercado de arame com farpas, há, sim, falta de coragem. O surrealismo promove o rasgo. Prescinde-se, para a finalidade aqui exposta, do contrato social. Não mais é necessário o “assujeitamento” de todos ao Estado, à figura artificial do Pai, ao responsável institucional de julgar-as-dores.

Eis a lição de Alice. No início de sua aventura no País das Maravilhas, Alice logo se acostuma com as tantas coisas esquisitas que lhe sucedem e passa a pensar em como seria *sem graça e maçante* se a vida que tinha seguisse da maneira habitual. “*Cada vez mais estranhíssimo!*” exclamou Alice (a surpresa fora tanta que por um instante realmente esqueceu como se fala direito)<sup>22</sup>. Talvez esquecer seja o grande desafio do Direito, para que possa não ser mais o mesmo – ou apenas um bocadinho diferente – e que consiga responder a mesma pergunta de Alice: *Afinal de contas quem eu sou?*<sup>23</sup> Ou para quê sirvo?

O abandono da bóia da razão normativista é vital para que se permita esse duplo efeito da morte no Direito: abandoná-la como a pulsão freudiana que indica paralisia e abraçá-la como processo de introdução ao inédito que surge com a criação. O instinto criativo ganha na teoria de Jung uma importante dimensão e é colocado como derradeiro e mais aprimorado na escala que redefine a libido – não mais reduzida à sexualidade como impunha Freud – mas como energia psíquica totalizante. Jung elaborou uma escala de instintos interdependentes que compõem o complexo conceito de libido (energia psíquica) em sua teoria. (1) *autopreservação*, instinto primeiro de saciar-se com a alimentação; (2) *preservação da espécie*, com a sexualidade; (3) *ação*, aqui compreendida de modo amplíssimo; (4) *reflexão* e (5) *criatividade*<sup>24</sup>. Para Jung essa é uma escala

22 CARROLL, *op. cit.*, p. 22-23.

23 Id., *ibid.*, p. 25.

24 Consultar JUNG, Carl Gustav. *A natureza da psique*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

de instintos que obedece a uma relação de precedência natural, ou seja, não haverá inclinação à sexualidade se, antes, não houver sido satisfeita a sensação de fome.

Essa é uma teorização importante para elevar a *reflexão* como condição de possibilidade para que se instaure o processo criativo. O Direito e a grande argamassa de juristas que tentam desenvolvê-lo, parecem esbarrar no terceiro instinto da escala junguiana, o instinto de ação, já que geram apenas movimentos preestabelecidos e acrílicos. Há movimento, mas um movimento como de peixes no aquário, que mesmo tendo o mundo além dos vidros tão próximo, mantêm-se no universo proposto/imposto dos vidros que o cercam.

Para além dos vidros (ou da caldeira, como se queira) do Direito, por certo, muito há. O surrealismo jurídico, expressão desenvolvida por Warat, oferece a mediação como uma das alternativas de superação da jurisdição estatizada. Invocar a mediação como forma de solução de conflito é reflexo de uma grande transformação cultural que está em curso: a alternância de prevalências entre o feminino e o masculino na cultura.

## 2. A mediação como expressão do feminino no direito

Eu não quero ganhar,  
Eu quero chegar junto,  
Sem perder eu quero um a um...  
(Marisa Monte)

Buscando sair do País das Maravilhas, Alice indaga o Gato: “Poderia me dizer, por favor, que caminho devo tomar para ir embora daqui?” “Depende bastante de para onde quer ir”, respondeu o Gato.<sup>25</sup> Tem o Direito, por si só, livre arbítrio para eleger seus caminhos e suas chegadas? Ou, ao contrário, é mero títere da cultura e da consciência coletiva do seu tempo? Onde estará a fonte inconsciente do Direito, para que lá se possa servir do maná curador de todas as chagas?

25 CARROLL, *op. cit.*, p. 76.

Para que se possa aproximar à idealização de Warat, que pretendia trocar os fantasmas do Direito pelas suas fantasias, é necessário compreender que o Direito codificado da modernidade nasce da mente do sujeito “ainda sem inconsciente”, ou melhor, ainda incapaz de percebê-lo. Quando a modernidade declara que a razão é a essência do homem, revela um estado fragmentado, uma não essencialidade suplantada pela monarquia do reino da lógica. As poeiras do inconsciente, a franja de significações pressupostas, o mundo por trás do espelho (que sempre nos cega diante da obviedade narcísica da autoimagem); tudo isso é esquecido na produção do Direito moderno que ainda hoje tanto deixa rastros.

Enquanto no livro de Carroll a batalha entre o Cavaleiro Vermelho e o Cavaleiro Branco<sup>26</sup> pode representar simbolicamente um embate inconsciente de Alice entre seus pares de opostos (masculino x feminino); no filme dirigido por Burton, essa simbologia é ainda mais presente quando os exércitos Branco e Vermelho se confrontam. O Exército vermelho, representando o *animus* de Alice, já que comandado pela tirânica Rainha que resolvia todo e qualquer problema decapitando seus convivas (*Cortem-lhe a cabeça!*); e a Princesa Branca, representativa do genuíno feminino de Alice, expressão da delicadeza, da bondade e da fraternidade.

Outra categoria de Freud que foi revista por Jung foram os *complexos*. Desmentindo o caráter patológico dado por Freud, Jung os considerou como unidades funcionais de energia psíquica, presentes no inconsciente pessoal-biológico<sup>27</sup>. Se apropriando da noção freudiana dos pares de opostos, Jung afirma a *anima* e o *animus* como dois dos principais complexos presentes na natureza da psique. Desse modo, *anima* representaria a parte feminina oculta no inconsciente dos homens e o *animus* a parte masculina oculta no inconsciente das mulheres.<sup>28</sup>

26 Id., *ibid.*, p. 269: “Ela é minha prisioneira, saiba!” disse por fim o Cavaleiro Vermelho. “Certo, mas nesse caso, eu vim e resgatei-a” respondeu o Cavaleiro Branco. “Bem, então temos de lutar por ela”, disse o Cavaleiro Vermelho.

27 A grande cisão teórica entre Freud se dá quando Jung passa a considerar a existência de um inconsciente de natureza suprapessoal ou coletiva, espaço em que estariam armazenados os arquétipos enquanto motivos psicológicos repetidos ao longo da história da civilização. Consultar mais em JUNG, Carl Gustav. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

28 Consultar JUNG, Carl Gustav. *Psicologia do Inconsciente*. 17. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

Também Capra, apoiado na estrutura oriental do *I-Ching*, observou a relação entre feminino e masculino. Sua análise, porém, foi mais abrangente e tocou a alternância na cultura destes dois pólos arquetípicos: o *yin* como representação simbólica do feminino e o *yang* como representação simbólica do masculino. A dinâmica desses dois pólos esta associada a várias imagens antagônicas colhidas na natureza e na vida social. O autor refere que da mesma forma que homens e mulheres passam por fases *yin* e *yang*, também a cultura, como fenômeno dinâmico, experimenta picos em que um aspecto se sobrepõe ao outro. A cultura ocidental patriarcal, que tentou estabelecer de forma rígida que todos os homens e mulheres têm exclusivamente aspectos masculinos e femininos respectivamente, distorceu o significado desses termos da sabedoria chinesa e colocou os homens como protagonistas na cultura. O predomínio do pensamento racional se sintetiza no *cogito, ergo sum* cartesiano e demonstra que os indivíduos ocidentais equipararam sua identidade com sua mente racional e não com seu organismo total, cingindo ariscadamente corpo e mente. Associando o *yin* ao intuitivo e o *yang* ao racional, Capra constrói sua tese demonstrando que atualmente assiste-se a uma transição cultural que culminará com o enfraquecimento da cultura patriarcal e a inflação do feminino, cambio que, conseqüentemente, suplantará a supremacia do racionalismo em detrimento das características próprias do feminino (*yin*), como *a intuição, a criatividade, a sensibilidade, a emotividade e todos estados ampliados de percepção da consciência*.<sup>29</sup>

Sem a pretensão de alongar a argumentação em torno da supremacia dos aspectos masculinos e da sujeição da mulher na cultura ocidental, por ser uma constatação de obviedade ululante, principalmente no período iluminista em que se construíram as bases

---

29 CAPRA, *op. cit.*, p. 35-37. O autor enuncia as características de Yin como: feminino, contrátil, receptivo, cooperativo, intuitivo e sintético; e de Yang como: masculino, expansivo, exigente, agressivo, competitivo, racional, analítico. "As tendências yin e yang, integrativas e autoafirmativas, são ambas necessárias à obtenção de relações sociais e ecológicas harmoniosas" (p. 41).

do positivismo jurídico; cabe mencionar *en passant* que esse resultado cultural tem raízes históricas. Na Grécia antiga, as mulheres já eram marginalizadas e comparadas com estrangeiros e escravos, vivendo sempre sob tutela e dependência de algum homem da família (pai, irmão ou marido). Em Sêneca, Cícero e Terêncio; é possível vislumbrar o parco valor atribuído às mulheres pelas sociedades de seu tempo, quando afirmam, respectivamente: *a mulher apenas ama ou odeia, e quando pensa, pensa somente coisas malvadas; a mulher tem tendência a delinquir em razão de sua ganância; as mulheres são fracas de intelecto, quase como crianças*. Também o conhecido relato bíblico de Provérbios VII (25-27), confirma o truculento repúdio ao instinto feminino: *a mulher é mais amarga que a morte porque é uma armadilha; seu coração, uma cilada; suas mãos, cadeias; quem ama Deus foge dela, quem é pecador é capturado por ela*.<sup>30</sup> Esses breves relatos e a ainda persistente – mesmo que verdadeiramente amenizada – cultura patriarcal, de homens que possuem melhores postos de trabalho e salários, posições políticas e diretivas, demonstram a supremacia de *yang* e a supressão de *yin* na cultura ocidental.

Além disso, a ideia do homem como dominador da natureza e da mulher, e a crença no papel superior da mente racional, se apoiaram na tradição judaico-cristã, que adere à imagem de um Deus masculino, *personificação da razão suprema e fonte do poder único, que governa o mundo do alto e impõe sua lei divina*. O progresso da civilização ocidental se deu, pois, pelo predomínio da intelectualidade e da racionalidade, sendo que, atualmente, essa evolução unilateral atingiu um estágio alarmante. Incapacidade de manutenção de um ecossistema saudável, dificuldade na administração das cidades, falta de recursos para uma adequada assistência à saúde, educação e transportes públicos, riscos da ciência médica e farmacológica e – acrescentando-se – o sistema caótico e burocratizado do Estado e particularmente do Poder Judiciário, *um Poder paquidérmico*,

30 PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003, p. 53-54.

caro, oneroso, devolvido a sua grande missão: garantir os contratos sinalagmáticos e a propriedade privada, em nome da confiabilidade no mercado internacional<sup>31</sup>; são alguns dos resultados da exagerada ênfase dada à polaridade *yang* (masculino) na nossa cultura.<sup>32</sup>

Voz firme contra a dominação das características masculinas alastradas no paradigma cultural ocidental, Warat afirma que o maior problema do excesso de racionalismo no Direito é a perda de sensibilidade. Uma insensibilidade que toca aquele que julga e seus vínculos. *Que torna insensível a percepção do mundo pela frieza da ficção de verdade e que fomenta a fuga alienante que proporciona as abstrações e os anseios modernos de universalidade que não permitem perceber o que a rua grita.*<sup>33</sup>

Tal qual Capra, que fala de uma cultura nascente e vaticina o equilíbrio entre os opostos culturais e psíquicos, entende-se que, no Direito, movimentos como o Direito alternativo<sup>34</sup>, o Direito Achado

31 MORAIS DA ROSA, Alexandre. O Judiciário e a lâmpada mágica: o gênio coloca limite, e o juiz? *Revista Direito e Psicanálise, Curitiba*, v. 1, n. 1, jul./dez. 2008, p. 14.

32 CAPRA, *op. cit.*, p. 38. Alerta Capra outra questão problemática que se desenvolveu em razão da supremacia da cultura do patriarcado: “*a excessiva ênfase no método científico e no pensamento racional, analítico, levou a atitudes profundamente antiecológicas [...] a compreensão dos ecossistemas é dificultada pela própria natureza da mente racional. O pensamento racional é linear, ao passo que a consciência ecológica decorre de uma intuição de sistemas não-lineares.*”

33 WARAT. *A rua grita Dionísio...*, *op. cit.*, p. 52-53.

34 Conforme comentário de Lenio Luiz Streck, em entrevista concedida a *Revista do Instituto Humanitas Unisinos - IHU Online*, em 24 de agosto de 2009, “*o direito alternativo é um movimento [...] político, surgido na Itália, nos anos 1970. Mas note-se: na Itália havia por parte dos assim chamados “juízes alternativos”, um ferrenho compromisso com a Constituição, com o que usavam o direito alternativo como uma “instância normativa” contra o direito infraconstitucional e, para isso, usavam a Constituição como um instrumento de correção e filtragem. Já no Brasil, no contexto em que surge o alternativismo, não tínhamos – propriamente – uma Constituição (lembro que vivíamos sob a égide de um regime de exceção, ditatorial). O movimento do direito alternativo se colocava, então, como uma alternativa contra o status quo. Era a sociedade contra o Estado. Por isso, em termos teóricos, era uma mistura de marxistas, positivistas fáticos, jusnaturalistas de combate, todos comungando de uma luta em comum: mesmo que o direito fosse autoritário, ainda assim se lutava contra a ditadura buscando “brechas da lei”, buscando atuar naquilo que se chamam de “lacunas” para conquistar uma espécie de “legitimidade fática”. Achávamos – e nisso me incluo – que o direito era um instrumento de dominação e da reprodução dos privilégios das camadas dominantes. Buscávamos, assim, tirar ‘leite de pedra.’* Disponível no site <[http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com\\_tema\\_capa&Itemid=23&task=detalhe&id=1766](http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_tema_capa&Itemid=23&task=detalhe&id=1766)> Acesso em 11 de dezembro de 2009.

na Rua<sup>35</sup> e as inovações da resolução n. 9 do CNJ<sup>36</sup> com o horizonte de humanizar o julgador, ainda que incipientes pela desatenção à autoridade constitucional e pela provável dogmatização das disciplinas propedêuticas nos certames para magistratura, são vagos prelúdios que confirmam, no âmbito jurídico, os prenúncios de Capra e a sensibilidade tão reclamada por Warat. Na mesma linha – porém com mais chance de êxito – estão as novas propostas de descentralização e desburocratização do poder jurisdicional por meio da mediação.

Sem que aqui se alongue as explicações em torno do “como” fazer ou extrair resultados da mediação, apenas ressalta-se que esta é uma proposta que busca, por meio do resgate da sensibilidade própria do feminino cultural, analisar o tipo de Direito a ser aplicado em sociedades/comunidades determinadas, diferenciado-se, assim, o Direito regulador do Estado deste Direito que emerge da mediação e que tem um caráter emancipatório.<sup>37</sup> A mediação busca aquilo que já Nietzsche havia reclamado da sociedade: quer estar além do

---

35 Para José Carlos Moreira da Silva Filho, também em entrevista concedida a *Revista do Instituto Humanitas Unisinos - IHU Online*, em 24 de agosto de 2009, “o Direito Achado na Rua é originariamente um curso de extensão universitária à distância criado em 1987 na Universidade de Brasília (UnB). O curso foi elaborado pelo Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos (NEP) e pelo Centro de Comunicação Aberta, Continuada a Distância da UnB. Sua concepção é baseada na Nova Escola Jurídica Brasileira (NAIR), proposta pelo professor Roberto Lyra Filho, falecido em 1986, ou seja, antes que o curso fosse lançado. Na realidade, o verdadeiro mentor de todo o projeto é o Prof. José Geraldo de Sousa Junior, hoje Reitor da UnB [...] O Direito Achado na Rua não identifica o direito com a norma, pura e simplesmente, e muito menos com a lei. O direito é visto como um processo social de lutas e conquistas de grupos organizados, em especial dos novos movimentos sociais, na busca da emancipação de situações opressoras caracterizadas pela experiência da falta de satisfação de necessidades fundamentais. A produção de normas jurídicas e a sua positivação pelo Estado é, sem dúvida alguma, um resultado almejado por este processo. É por isto que, na lapidar definição de Lyra Filho, o direito ‘é a legítima organização social da liberdade.’ Disponível no site <[http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com\\_tema\\_capa&Itemid=23&task=detalhe&id=1764](http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_tema_capa&Itemid=23&task=detalhe&id=1764)> Acesso em 11 de dezembro de 2009.

36 A resolução torna obrigatória a inclusão de disciplinas como sociologia do Direito, psicologia judiciária e filosofia do Direito nos concursos para magistratura em todos os âmbitos jurisdicionais, sob o mote de proporcionar uma formação humanística para os julgadores no Direito. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/imagesm/resolucao\\_concursos.pdf](http://www.cnj.jus.br/imagesm/resolucao_concursos.pdf)>.

37 VEZZULLA, Juan Carlos. *La mediación para una comunidad participativa*. Disponível no site <[www.luisalbertowarat.blogspot.com](http://www.luisalbertowarat.blogspot.com)> Acesso em 19 de junho de 2010.

bem e do mal. A mediação não se preocupa com a adequação do fato à norma, própria do prístino Direito, mas com o bem estar daqueles que estão envolvidos no conflito, vendo na autocomposição uma possibilidade de superação das angústias inarredáveis de todo e qualquer conflito.

A resposta que o surrealismo dá ao Direito com a mediação é, em verdade, uma reticência amorosa, que só pode ser alcançada por meio da recuperação das forças de *yin* na cultura ocidental. Se entregar à mediação é não querer vencer, de lado a lado, mas aparar contundências. O novo Direito que emerge da mediação tem como condição um novo homem, afinal, para que a colheita seja abundante, antes de revolucionar a terra, é preciso estar atento à saúde da semente...Esse novo indivíduo pertencente à sociedade deve permitir a abertura das cancelas que guardam seus territórios subterrâneos e inconscientes, copiando o desapego e a coragem de Alice.

## Conclusão

A verdadeira democracia, diz Warat, é o direito de sonhar o que se quer. Para tanto, vencer a centralidade egóica, permitindo que os desejos coletivos se constituam como expressão da fraternidade, é tarefa essencial para que se tenha na mediação o passo que rumo em direção à superação do Direito patriarcalizado de antanho, já instituído e empoeirado, causador de alergias, quase fétido, que já não se amolda aos reclames da atual sociedade da angústia e suas gerações x, y e z...talvez não sem razão letras finais do alfabeto – quiçá se trate mesmo de um reinício...

Castoriadis, ao comentar os efeitos simbólicos<sup>38</sup> na sociedade que institucionaliza a solução dos conflitos, alerta que a instituição estabelecida por meio desses contornos projeta no meio social uma

---

38 Alerta-se que a base teórica de Castoriadis quando trata do *simbólico* é lacaniana, razão pela qual se apegue as categorias utilizadas por Lacan que cindem Real, Simbólico e Imaginário. De toda sorte, por diverso marco teórico, não serão aqui feitas as diferenciações de um e outro, devendo tomar-se o termo em sentido amplíssimo.

verdade construída por indicativos essencialmente objetivos e formais, onde, por meio da juridicidade, legitima-se um entendimento manipulador de interpretação que conduz a um vazio existencial acomodado justamente pela amordaçã e pelo sentimento de segurança que as relações internas de uma determinada instituição tencionam supostamente proporcionar.<sup>39</sup>

O imaginário, por conseguinte, surge como um baluarte em que sua força motriz potencializa no inconsciente de cada subjetividade, a argamassa rejuvenescedora que considera as reais necessidades e desejos de forma vocacionada. Essa projeção espontânea refletirá na espiritualidade de cada ser de forma a direcionar o elemento criativo para uma perspectiva que se deixe brotar o surgimento de novos significados das relações intersubjetivas no cenário das instituições.<sup>40</sup>

Albano Pêpe é poeticamente exato ao usar o Chapeleiro Maluco da narrativa de Carroll como analogia da institucionalização do Caos:

O Chapeleiro é um personagem onírico que acontece nos sonhos de Alice [...] A partir destes lugares-personagens posso pensar a des-ordem, o Caos, a ausência de um sistema de ordenamentos que estabelecem “sentido” para os habitantes do mundo sublunar, marcado pelo tempo histórico. Mas, alguns destes habitantes percebem fissuras nestas densidades espaço-temporais, nestas densidades institucionais produzidas para ancorar os animais pensantes que somos. Tais fissuras, tais brechas, negam o totalitarismo das práticas discursivas absolutas; e assim, produzem outras densidades, sutis e plenas de novos sentidos, que por sua vez libertam as subjetividades aprisionadas nos “corpos desaparecidos” [...] A modernidade produziu estrategicamente instituições, instituídas de tal forma como se existissem desde sempre [...] O instituído é o Leviatã que a todos pretende submeter através dos signos postos como significante únicos produtores das máquinas racionais educativas. *A nós cabe o permanente deslocamento, o estado do nomadismo, errantes de muitos lugares, errantes em um mesmo lugar, onde o instituinte não nos alcance, ali onde o Chapeleiro Maluco se movimenta, no Caos. Des-velar, retirar os véus que encobrem os lugares eruditos das falas dos mortos.*<sup>41</sup>

39 CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Trad. Guy Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 162.

40 RODRIGUES, Pedro Jorge de Oliveira. Reflexões sobre a obra “A instituição imaginária da sociedade” a partir de Cornelius Castoriadis. *Revista Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 4, n. 6, 2009 p. 60*.

41 Extraído do blog pessoal do autor <[www.albanopepe.blogspot.com](http://www.albanopepe.blogspot.com)>

Diga você jurista, que se deleita no conforto do antigo e que pode estar achando esse texto uma grande loucura. Diga você jurista, que bem sei pensa que o surrealismo para o Direito é apenas uma vã tentativa de buscar poesia e lirismo em lugares em que tudo isso não existe. Diga você jurista, que discorda que a loucura pode ser a via de sanidade. Diga você jurista, que também discorda que a saúde do Direito pode ser encontrada com a resposta da charada sem solução que o Chapeleiro Maluco faz a Alice quando a interroga: “Por que um corvo se parece com uma escrivainha?”... Repita-se que para nós surrealistas, o absurdo não é soldado do exército do mal. É esse “estado do absurdo” que queremos dar-lhes de presente. É esse “estado do absurdo” que necessita o universo que cerca o Direito. Diga você jurista, do alto do seu “estado de absurdo”, qual a sua compreensão do mundo que todos nós necessitamos?!

## Referências bibliográficas

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARROLL, Lewis. *Aventuras de Alice no País das Maravilhas; Através do Espelho e o que Alice encontrou por lá*. Trad. Luiza X. de A. Borges. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Trad. Guy Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

COUTINHO JORGE, Marco Antonio e FERREIRA Nádia Paula. *Freud, criador da psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. *Dicionário dos Símbolos*. Trad. Cristina Rodriguez e Artur Guerra. Lisboa: Círculo de Leitores, 1997.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

INGENIEROS, José. *O Homem medíocre*. Curitiba: Editora do Chain, 2008.

JUNG, Carl Gustav. *A natureza da psique*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

\_\_\_\_\_. *Psicologia do Inconsciente*. 17. ed. Petrópolis: Vozes, 2007

\_\_\_\_\_. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. O Judiciário e a lâmpada mágica: o gênio coloca limite, e o juiz? *Revista Direito e Psicanálise*, Curitiba, v. 1, n. 1, jul./dez. 2008.

PESSOA, Fernando. *Livro do Desassossego: composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

PHILIPPE, Jeanine Nicolazzi. *Uma perturbação que se Manifesta como Angústia*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Direito e Psicanálise: Interseções e Interloquções a parte de “A Hora da Estrela” de Clarice Lispector*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.

RODRIGUES, Pedro Jorge de Oliveira. Reflexões sobre a obra “A instituição imaginária da sociedade” a partir de Cornelius Castoriadis. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 4, n. 6, 2009.

ROTTERDAM, Erasmo. *Elogio da Loucura*. Trad. Ana Paula Pessoa. São Paulo: Sapienza, 2005.

SCHWARTZ, Germano. *A Constituição, a Literatura e o Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VEZZULLA, Juan Carlos. *La mediación para una comunidad participativa*. Disponível no site <[www.luisalbertowarat.blogspot.com](http://www.luisalbertowarat.blogspot.com)>.

VON FRANZ, M. L. O processo de individuação. In: JUNG, Carl Gustav. *O homem e seus símbolos*. Trad. Maria Lúcia Pinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio: Direito Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia*. Trad. Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Manifesto do Surrealismo Jurídico*. Disponível no blog do autor: <[www.luisalbertowarat.blogspot.com](http://www.luisalbertowarat.blogspot.com)>.

**Recebido em:** outubro 2011.

**Aprovado em:** novembro 2011.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, CRIMINOLOGIA E A MIDIATIZAÇÃO DO DELITO COMO ANTECIPAÇÃO DE PENA PELA SOCIEDADE

### *FUNDAMENTAL RIGHTS, CRIMINOLOGY AND THE MEDIATIZATION OF CRIME AS ANTICIPATION OF PUNISHMENT BY THE SOCIETY*

*Anderson Vichinkeski Teixeira\**  
*Marcelo Eron Rodrigues da Silveira\*\**

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo mostrar como os meios de comunicação em massa, ignorando direitos e garantias fundamentais da Constituição brasileira, usurpam do Poder Judiciário, funções a ele inerentes, contribuindo para a difusão da doutrina do Direito Penal do Inimigo, de Jakobs, e para a antecipação de penal pela própria sociedade.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; criminologia; meios de comunicação.

---

\* Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze* (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Estágio pós-doutoral junto à *Università degli Studi di Firenze*. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado e Mestrado) da Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Advogado e consultor jurídico.

\*\* Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil, Unidade Gravataí/RS. Membro do grupo de pesquisa *Pensare*, mantido por esta Instituição e coordenado pelo Prof. Lisando Luís Wöttrich, a quem os autores são gratos pelas contribuições.

**Abstract:** This article aims to show how the mass media, ignoring fundamental rights and guarantees of the Brazilian Constitution, usurp of the Judiciary Power its inherent functions, contributing to spread of the doctrine of Enemy Criminal Law, from Jakobs, and to the anticipation of punishment by the society.

**Keywords:** fundamental rights; criminology; media.

## Introdução

Os avanços tecnológicos e os diversos processos de globalização, sobretudo os culturais e econômicos, aliados à necessidade criada de que o indivíduo deve se manter sempre atualizado em meio a atual sociedade de risco (BECK, 2001), caracterizada por rápidas mudanças, constituem-se em fatores que geram um progressivo aumento no consumo de informação. Os meios de comunicação de massa, atentos a essa necessidade, criam verdadeiros *shows* televisivos nos quais a violência de um fato é destacada como seu objeto central de entretenimento, afirmando que o caso por ora explorado é rotineiro, e ainda, convencendo sobre a possibilidade de ocorrer o mesmo com o espectador. Em suma, dá-se a propagação do sentimento de medo.

Esta exploração resulta, como se mostrará a seguir, na difusão do Direito Penal do Inimigo através dos meios de comunicação de massa, que não obstante fazem o uso ilegítimo das prerrogativas do Poder Judiciário, constituindo-se em uma esfera paralela deste poder.

Porém, antes de iniciarmos a exposição de razões, abordaremos conceitos preliminares, sobre a formação do Estado, perpassando algumas teorias acerca da criminalidade e sobre o Direito Penal pátrio para então adentrarmos ao objeto deste artigo.

## 1. As origens do Estado: a justificação contratualista

Uma das teorias mais difundidas para justificar filosoficamente a criação do Estado é o contratualismo político. Sustenta que, para que o homem pudesse viver em sociedade, foi necessário primeiramente abandonar o estado de natureza, no qual não existiam normas que pudessem estabelecer um convívio pacífico entre o homem e seus semelhantes. Assim, o homem deveria abandonar essa sua condição natural e passar a viver então em paz e concórdia recíprocas. Todavia, para tanto, foi necessário o concurso do homem e seus pares para formação de uma sociedade, mediante a alienação de seus poderes individuais em proveito de um ente imparcial e terceiro. Deu-se assim a formação do Estado.

Uma vez que de maneira igual cada indivíduo cede parte da sua liberdade para o Estado, faz-se pressupor uma relação de igualdade entre todos. Neste sentido, Rousseau dizia que no pacto social “a condição é igual para todos, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa por torná-la onerosa para os demais” (ROUSSEAU, 1973, p. 38). Por esta razão, entende-se que não seria interessante outorgar ao Estado a prerrogativa de tornar este pacto oneroso aos seus cidadãos. Daí surge a necessidade de direitos e garantias fundamentais que atuem como freios e limites ao direito de punir do Estado em relação aos seus cidadãos que vierem a violar o pacto.

Através do pacto social se tem a constituição de um Estado, legitimado a estabelecer regras de convivência mínimas para que os indivíduos possam coabitar em paz. O Estado deve, consoante o princípio da legalidade, definir mediante a lei, aquilo que seus cidadãos estão proibidos de fazer. A melhor definição para este momento acerca da lei nos é apresentada por Beccaria: “Leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la” (BECCARIA, 2009, p. 31).

A lei acaba por ser o instrumento a ser observado por todos os cidadãos de um Estado, nela sendo previstas as condutas proibidas e suas penas, que no caso de não obediência acarretará o direito do Estado em agir contra a liberdade do transgressor. Todavia, existe um limite imposto pelo próprio ordenamento jurídico a esta prerrogativa de intervenção do Estado. O artigo 1º, caput, da Constituição brasileira de 1988, constituiu o país como um Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que existe o objetivo por parte do Estado de garantir e também respeitar os direitos humanos e liberdades fundamentais previstos no ordenamento jurídico. Com isso, proporciona-se uma autonomia ao cidadão frente ao Estado e seus poderes.

Da ideia de contrato social podemos também decorrer o dever por parte do Estado frente seus cidadãos de respeito dos direitos e garantias fundamentais, principalmente tratamento igualitário a todos, de modo que, no caso de alguém incorrer na prática delitiva prevista em lei, o Estado deverá processar, julgar e, em caso de condenação, aplicar a punição pela infração legal, respeitando estas garantias.

## 2. As origens da criminalidade e o direito penal contemporâneo

O delito é multifacetário. Inúmeras são as causas ou motivos que levam alguém a praticar um delito. Estudiosos ao longo dos séculos desenvolveram pesquisas com o fim de apontar as causas da criminalidade, analisando-a enquanto fenômeno social.

No que concerne às causas do delito, um dos primeiros e mais polêmicos estudos criminológicos foi o de Cesare Lombroso. Com a obra *L'uomo delinquente* (1878), ele defendeu a ideia de que uma pessoa poderia ser identificada como um criminoso nato a partir de suas características próprias, de origem em anomalias psíquico-físicas e fatores biológicos. As concepções antropológicas e criminológicas de Lombroso geraram fortes debates com Enrico

Ferri, Raffaele Garofalo e Giulio Fioretti (1886), os quais acentuaram ainda a existência de fatores psicológicos e sociológicos que influenciam na formação de uma personalidade voltada (ou não) ao delito. Segundo Garcia-Pablo Molina, a contribuição principal de Lombroso não se encontra na sua definição de “delinquente nato” ou na sua teoria criminológica, mas sim no método empírico que utilizou em suas investigações: “Sua teoria do ‘delinquente nato’ foi formulada com base nos resultados de mais de quatrocentas autópsias de delinquentes e seis mil análises de delinquentes vivos, e o atavismo que, conforme seu ponto de vista caracteriza o tipo criminoso – ao que parece – contou com o estudo minucioso de vinte e cinco mil reclusos de prisões europeias” (MOLINA, 2002, p. 191).

Lombroso foi, certamente, o maior expoente da Escola Criminológica Positiva, juntamente com Ferri e Garofalo. Entendiam, em síntese, ser necessário contrapor os objetivos da Escola Criminológica Clássica – da qual Beccaria foi o principal nome –, cujos escopos, segundo eles, se limitavam apenas a criar uma oposição às práticas medievais de suplício, pena de morte e penas de confisco, sem entrar nas razões que levam as pessoas a delinquir. Como alternativa, a Escola Criminológica Positiva alegava apresentar estudos que estariam em condições de promover uma redução dos delitos em si, pois atacavam especificamente as causas da criminalidade.

Entretanto, atribuir como causa da criminalidade características físicas, psíquicas, situação social ou fatores culturais, seria negar o livre arbítrio da pessoa e a capacidade de discernimento que o indivíduo deve ter quando colocado em situações limites que envolvam bens como vida, liberdade e propriedade, por exemplo. Émile Durkheim rejeitava este pensamento e afirmava que a criminalidade é um fenômeno normal de toda sociedade, constituindo-se em parte da estrutura social, ao invés de ser uma patologia psíquica (DURKHEIM, 1978).

Na atual configuração da sociedade pós-moderna o próprio capitalismo acaba se constituindo em um dos propulsores a praticar delitos, pois aquele que não tem condições financeiras de participar do jogo do consumo termina sendo descartado, considerado um refugo da sociedade (BAUMAN, 1998). Desta maneira, para que a pessoa não seja considerada como tal, enxerga o crime como uma alternativa para obter os bens materiais almejados pelas faixas da sociedade mais favorecidas economicamente.

Igualmente, há de se considerar que mesmo as pessoas que ocupam uma posição social de prestígio, igualmente praticam condutas delitivas, como, por exemplo: os crimes de colarinho branco. Se elas serão punidas ou não, isso é uma discussão acerca do direito penal seletivo, tema que não se encontra nos objetivos do presente trabalho.

Ocorre, de fato, que a origem da criminalidade ainda permanece um enigma no pensamento humana. A força motriz do ser humano a delinquir é um questionamento de múltiplas respostas, ainda não elucidadas em sua totalidade. A única certeza de tudo isso é que, em um Estado Democrático de Direito, todos que incorrerem na prática de um ilícito penal deverão ter as mesmas garantias e direitos, bem como deverão ser punidos na proporção de seu delito.

A Constituição Brasileira de 1988 transformou o Direito Penal, além de instrumento de outorga ao ato de punir por parte do Estado, também em uma garantia individual frente a este mesmo Estado, criando limite ao poder de interferir no direito a liberdade daquele que praticou delito. Necessário para condenar o réu é o processo, meio qual o Estado, através do Poder Judiciário, presta a tutela dos bens jurídicos relevantes – no caso do Direito Penal. Neste processo, há de se respeitar as garantias fundamentais de todo aquele figura no polo passivo de eventual ação penal, quais sejam: devido processo

legal; inafastabilidade do Poder Judiciário; isonomia processual; ampla defesa e contraditório; presunção da inocência; juiz e promotor natural; motivação das decisões; inadmissão de prova ilícita e duplo grau de jurisdição.

Observadas estas garantias e dando-se a condenação do réu, executa-se a pena por parte do Estado, o que deve proporcionar ao apenado a manutenção de sua integridade física e moral. Diante deste quadro normativo podemos concluir que o Brasil adotou um sistema penal garantista. Contudo, a realidade tem se mostrado muito diferente.

### 3. O Direito Penal do Inimigo e sua massificação pelos meios de comunicação

Crimes bárbaros nunca deixaram de ser cometidos contra inocentes. Há mais de dois mil anos atrás, uma sociedade condenou e exigiu o derramamento de sangue de Jesus Cristo. Incontáveis fatos históricos atestam a inegável tendência humana a punir mesmo sem convicção.

No entanto, a atual sociedade global-digital exerce um importante papel de informação à sociedade, transmitindo o real e o imaginário também. Sabe-se que nas sociedades de massa a mídia sobrevive por meio da audiência. Para tanto, a receita para êxito certo em termos de audiência é a fórmula antiga do pão, vinho – leia-se, sangue - e circo. Inicialmente os meios de comunicação escolhem um fato, em geral uma tragédia, envolvendo um indivíduo estigmatizado como vilão-criminoso, o qual costuma ser, segundo todas as estatísticas brasileiras, negro e pobre (*vulgo* “inimigo”), enquanto que sua vítima é habitualmente caracterizada como branco e de classe social média alta (*vulgo* “cidadão de bem”).

A partir daí exploram de maneira exacerbada o fato, abusando da exibição de imagens com sangue, cadáveres e violência explícita, banalizando a violência em si e trazendo ao espectador passivo –

que apenas processa a mensagem e absorve o conteúdo – um sentimento de insegurança, pois ele acredita estar sendo, na sua pessoa ou de seus entes mais queridos, uma possível vítima do inimigo social, criado e explorado pela mídia (WACQUANT, 2007).

A perversidade desta prática mostra-se tão elevada ao propor que, ao se aproveitar do ser humano enquanto atração em um espetáculo de violência, transforma a criminalidade – algo comum a qualquer sociedade – em um produto a ser oferecido ao público. O produto é elaborado na certeza de que seu destinatário final, o consumidor do espetáculo, criará uma empatia com a vítima, mas em contrapartida fecham-se os olhos da razão e este passa a enxergar o criminoso como um inimigo, o qual deve ser severamente punido, com prisão perpétua, linchamento ou pena de morte.

Nesta vertente, cria-se, além da “demonização” do criminoso, a separação entre o bem e o mal, indicando quem é o inimigo a ser combatido e mostrando sempre os mesmos casos em que o delinquente é sempre negro e pobre. Veja-se que esta concepção de criminoso, ao molde do pensamento de Lombroso, enxerga apenas no estereótipo apresentado pela mídia como o inimigo. Não se pensa o mesmo do homem engravatado, de boa aparência, que as escuras é mandante de práticas delitivas ou até mesmo autor. Este, por questões culturais, não é visto como inimigo social a ser combatido.

Além disso, o sentimento que a mídia transmite ao seu telespectador é o de que o “inimigo” da sociedade nunca é punido, ou a “justiça” não é eficaz contra ele, ou então que o “cidadão de bem” está a mercê de todo tipo de violência e resta desprotegido do Estado. Tal discurso se mostra tão presente no coração da sociedade brasileira que ela é capaz de regredir aos tempos em que não existia um Estado para prestar a tutela jurisdicional, de modo a acabar por justificar a abominável prática da “justiça” pelas próprias mãos.

O recente caso na cidade de Marília, no interior de São Paulo, no qual vinte moradores espancaram um homem até a morte – ainda, queimaram sua casa e destruíram o bar onde trabalhava – porque, segundo vizinhos, ele teria matado uma menina de 14 anos, demonstra o efeito da mídia sobre a subjetividade do espec-

tador – oportuno mencionar, em relação à acusação, ter afirmado a polícia que não existiam provas de que o comerciante realmente cometeu o crime.

Denota-se, neste caso, que o inimigo social deve ser combatido a todo custo, ainda que ao custo da segurança jurídica e da paz social. A ele não restam atribuídos quaisquer direitos ou garantias constitucionais, mas tão-somente sua exclusão do meio social, através das execuções sumárias pela sociedade ou agentes do Estado, ou por encarceramento.

A reflexão pertinente é: a conduta de todos esses “cidadãos de bem” que em um ato de covardia mataram um “inimigo” da sociedade é algo típico de um cidadão que se diz integrante da sociedade do bem? A eles caberia o tratamento desumano tão defendido e difundido pela mídia? Ou teriam os direitos previstos pelo ordenamento constitucional?

A pregação messiânica do Direito Penal do Inimigo pelos meios de comunicação em massa, além de formar a opinião da parcela da sociedade desprovida de senso crítico e acesso à informação melhor elaborada, também atinge, segundo Günter Jakobs, o legislador.

Jakobs divide o Direito Penal em dois seguimentos: um deles aplicável ao cidadão, de cunho simbólico, com o intuito de apenas reprimir aquele que rejeita a norma, cuja infração não resulta em ofensa grave à sociedade, e outro destinado ao inimigo, caracterizado pelo aspecto físico da custódia de segurança, para evitar que este pratique futuros crimes, os quais atingem a harmonia da sociedade. Em suma, destina-se a eliminar um perigo (JAKOBS, 2009).

Assim, a sociedade temerosa, impulsionada pela mídia, clama por leis penais mais rígidas, enquanto o legislador, no intuito de atender os anseios de seus representados – obter votos –, elabora projetos de lei que visam aumentar a pena abstrata cominada nos delitos praticados pelo inimigo social, classificando-os como crimes hediondos e tentando privar os acusados de garantias, como progressão de regime, livramento condicional, ou então a absurda redução da maioria penal tentada pelos Projetos de Emenda à Constituição (CAMPOS, SOUZA, 2007, pp. 231-258).

Aliás, é de se destacar que para o senso comum a pena de morte, embora vedada pela Constituição de 1988, constitui-se em tema frequentemente reiterado em debates e enquetes televisivas. Ora, se a questão é eliminar, então que se revoguem as garantias fundamentais que foram conquistadas a duras penas e que nos protegem da arbitrariedade do Estado, regressando a níveis rasteiros de segurança jurídica e quase pré-societários em termos de paz social.

O Poder Judiciário, legítimo protetor dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, igualmente é atingido pela fúria da mídia em sua imparcialidade. Todavia, o respeito aos direitos humanos ganham alento com decisões como, por exemplo, do Superior Tribunal de Justiça, ao deferir *habeas corpus* contra uma prisão preventiva cumprida em um contêiner de carga:

Prisão (preventiva). Cumprimento (em contêiner). Ilegalidade (manifesta). Princípios e normas (constitucionais e infraconstitucionais). 1. Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, inadequado e ilegítimo, inadequado e ilegal. Caso de manifesta ilegalidade. 2. Não se admitem, entre outras penas, penas cruéis – a prisão cautelar mais não é do que a execução antecipada de pena (Cód. Penal, art. 42). 3. Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado. 4. Caso, pois, de prisão inadequada e desonrante; desumana também. 5. Não se combate a violência do crime com a violência da prisão. 6. Habeas corpus deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, com extensão a tantos quantos – homens e mulheres – estejam presos nas mesmas condições.” HABEAS CORPUS Nº 142.513 - ES (2009/0141063-4) – STJ 6ª Turma.

O tratamento diferenciado do Direito Penal a lá Jakobs afronta o princípio da legalidade sustentado há séculos e consagrado por declarações de direitos e tratados internacionais. Não compete ao Poder Judiciário atuar com o objetivo de promover a segurança pública, pois esta não é a sua função. Ressalte-se que a sociedade sempre buscou estabelecer um inimigo a combater, denominado conforme a época tanto como herege, feiticeiro, anarquista ou simplesmente criminoso. A sanguinária mídia contemporânea atribui

ao menor infrator, ao pobre, ao negro e ao miserável o status de inimigo, alegando ser o Direito Penal a solução para todos os males sociais causados por este inimigo.

Violência, injustiças de toda sorte, desarmonia entre os homens e guerras entre os povos possuem uma história muito mais longa do que o próprio Estado Moderno (BULL, 2000, p. 144). Os conflitos internos que deram origem a este foram, muitas vezes, manifestados por meio do recurso à violência, ao passo que tais conflitos podem até mesmo ter viabilizado a formação de um povo homogêneo, mas tal homogeneidade foi obra de séculos de história, séculos de história de violência (ARON, 1996, p. 201). Não se está a fazer uma ode à violência, mas devemos reconhecer que o combate a ela não pode passar ao largo de critérios jurídicos claros e submetidos, antes de tudo, ao princípio da legalidade, sob pena de subverter todas as conquistas sociais até hoje obtidas pelo Estado brasileiro.

#### 4. Miatização do delito e antecipação de pena pela sociedade

Além do efeito nefasto de propagação do Direito Penal do Inimigo em um Estado Democrático de Direito, os meios de comunicação de maneira direta tem se apossado das atribuições do Poder Judiciário. Incumbe a este julgar e condenar o eventual acusado, pois é tal Poder o detentor legítimo da função, não podendo qualquer outra fração do Estado ou entidade intentar nesta atividade.

Nesse sentido, Luciano Feldens afirma que:

O poder punitivo está dentre os deveres estatais sobre os quais recai o monopólio da jurisdição. No exercício desse monopólio, a União estruturou competências orgânicas constitucionais para a solução dos casos penais é do Poder Judiciário, considerando, ainda como funções essenciais à Justiça, o Ministério Público da União e dos Estados (art. 127 da CF/88) e a Advocacia/Defensoria Pública (art. 133 e 134 da CF/88). (FELDENS, 2007, p. 71)

Ocorre que, estas funções exclusivas ao Poder Judiciário, e de seus institutos acessórios vem sendo empreendidas pelos meios de comunicação. Em geral, o repórter-inquisidor assume a função própria de um promotor, sem a presença de um advogado, e passa a tomar o depoimento do suspeito de maneira exaustiva. A exposição em rede nacional do suspeito e a tensão que o acomete acaba por prejudicar seu raciocínio e fala. Assim, o astuto inquisidor, empunhando o microfone, perquiri como quiser sobre o caso, destruindo o direito de defesa e contraditório do então suspeito.

Os meios de comunicação, além de instigar a violência contra o inimigo social, tornam-se uma espécie de quarto poder. Com o microfone em mãos, esta entidade denuncia, acusa, condena e executa a sentença.

Esta autonomia bizarra já fez inúmeras vítimas no país.

Em 1994, na cidade de São Paulo, a imprensa em grande parte publicou uma série de reportagens sobre seis pessoas acusadas por abuso sexual de crianças. Os acusados eram donos de uma escola. Segundo os pais das supostas vítimas que apresentaram denúncia, os abusos eram praticados e filmados. Então, o delegado responsável pela investigação, com base em laudos preliminares, determinou a prisão preventiva dos suspeitos e alimentou a imprensa com informações que por óbvio foram por ela divulgadas de maneira ampla. A escola foi depredada e saqueada por populares. Posterior a isto, o inquérito foi arquivado por falta de provas, e hoje os acusados travam no Judiciário a batalha por indenizações. Não estamos aqui fazendo qualquer juízo de valor sobre o caso em si e a gravidade dos supostos delitos cometidos, mas questionando sim os efeitos gravosos da ampla e irrestrita midiaticização de algo que ainda se encontrava nas primeiras fases de investigação.

Bastam poucos minutos de transmissão de imagens e a exposição de apenas uma das versões sobre o fato, sempre pré-condenando o suspeito, não permitindo qualquer direito a contrapor os argumentos apresentados pela mídia, e tem-se a vida de uma pessoa destruída.

Veja-se a completa violação da presunção de inocência que ocorre quando o suspeito, inocente ou não, já é presumido culpado pela mídia sensacionalista. Além disso, em caso de erro, a imprensa sequer se retrata no caso de absolvição do outrora suspeito, abstendo-se inclusive de qualquer comentário. Com isso, os meios de comunicação aplicam uma pena extra no caso de condenação, ou uma pena indevida àquele que não foi considerado pelas autoridades competentes autor de ilícito penal.

Já dizia Cesare Beccaria que: “Um homem não pode ser chamado de culpado antes da sentença do juiz...” (BECCARIA, 2009, p. 66). Desta monta ninguém a não ser o Poder Judiciário tem a prerrogativa de decidir sobre a culpabilidade de uma pessoa. Na crítica de Beccaria em relação à tortura, é possível notar a semelhança do processo inquisitório da mídia, capaz de efeitos subjetivos e morais nefastos.

Refere ainda o pensador italiano: “Estranha consequência que, necessariamente, decorre do uso da tortura, é que o inocente é posto em pior condição que o culpado. Realmente, se ambos são submetidos ao suplício, o primeiro tem tudo contra si, uma vez que ou confessa o delito e é condenado, ou é declarado inocente, mas sofreu pena indevida... O inocente, portanto, só tem a perder...” (BECCARIA, 2009, p. 71).

O suspeito, vitimado pelo processo midiático dos meios de comunicação, se posterior constatação de sua inocência sofreu pena vexatória indevida, sua reputação foi denegrida a ponto de tornar impossível retomar ao *status quo ante*.

Há assim um processo a parte, não imparcial, que presume a culpa do suspeito, que não comporta ampla defesa e contraditório, e no final, se ocorrer a pronúncia do então réu, este resta previamente condenado pela opinião pública.

Observa-se quão nocivo e inconstitucional pode ser – sob esta ótica – o direito a liberdade de expressão dos meios de comunicação, pois além de condicionar a condenação do réu frente eventual júri, tende a contaminar o convencimento do magistrado na sentença. Mas, segundo o discurso do Direito Penal do Inimigo, tudo se justifica, pois aquele suspeito é o inimigo social, tão difundido

pelos meios de comunicação, devendo ser combatido a todo custo. A ele não restam quaisquer direitos ou garantias constitucionais, mas tão-somente sua exclusão do meio social.

Para que esta prática tenha fim, é imperioso que a sociedade repudie todas as manifestações midiáticas que usurpem a função do Poder Judiciário e que violem os direitos e garantias fundamentais, antecipando a aplicação de penas que nem sequer sabemos se seriam devidas. Uma vez que não mais exista reciprocidade entre o consumidor e o espetáculo montado pelos meios de comunicação, este último não terá escolha a não ser elaborar um novo produto.

## Conclusão

Desde Roma, nos espetáculos do Coliseu, o homem já demonstrava satisfação com o derramamento de sangue. A história nos mostra que a questão da violência é algo de origens antropológicas, ou seja, faz parte do homem, constituindo fato histórico presente em toda e qualquer sociedade, independente de lugar e tempo (GUARINELLO, 2007, p. 108).

Ainda hoje, instintivamente apreciamos a violência, sem mediar opiniões emitidas pelos meios de comunicação, estando a ponto de nos voltarmos contra aquilo que nos serve de escudo frente ao Estado: os direitos e garantias fundamentais. Negar o princípio da igualdade em um Estado Constitucional, clamando por uma forte punição ao inimigo criado pela mídia ou qualquer outro, antes mesmo de que o devido processo legal lhe tenha sido garantido, significa negar os pressupostos que fundaram o próprio Estado.

Assim, deve-se atentar para a (grave) dimensão do problema, pois não se percebe que os meios de comunicação de massa, aos poucos, solidificam a ideia de um Estado de intervenção máxima na esfera punitiva, tornando a sociedade adepta a doutrinas como o Direito Penal do Inimigo ou o *Law and Order*.

Portanto, é necessário ao cidadão conservar senso crítico e reflexão quando diante destas manifestações midiáticas que exploram os fatos violentos como produto, uma vez que os meios de comunicação facilmente formam opiniões a respeito dos direitos humanos e da legislação penal. Para se quebrar este paradigma é necessário que não mais exista reciprocidade entre o consumidor e o espetáculo montado pelos meios de comunicação. Assim sendo, este último não terá escolha a não ser elaborar um novo produto.

Do contrário, continuará o endeusamento da mídia que prega, a todos aqueles que a veneram, a maneira de pensar os males que acometem a sociedade, ampliando ainda mais o círculo de defensores do Direito Penal do Inimigo, forjando, aos poucos, um Estado regido pela máxima punição.

## Referências bibliográficas

Aron, Raymond. *Les désillusions du progrès. Essai sur la dialectique de la modernité*. Paris: Gallimard, 1996.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: RT, 2009.

BECK, Ulrich. *La società globale del rischio*. Trad. Floriana Paganoni. Trieste: Asterios, 2001.

Bull, Hedley. *The State's Positive Role in World Affairs*. Alderson, Kai; Hurrell, Andrew. Hedley Bull on International Society. Nova Iorque: St. Martin Press, 2000.

CAMPOS, Marcelo da S. *Redução da Maioridade Penal: Uma Análise dos Projetos que tramitam na Câmara dos Deputados*. Revista Ultima Ratio, Rio de Janeiro, Ano.1, nº 1, 2007, pp. 231-258.

DURKHEIM, Émile. *Antologia di scritti. A cura di Alberto Izzo*. Bologna: Il Mulino, 1978.

FELDENS, Luciano. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GUARINELLO, Norberto Luiz. *Violência como espetáculo: o pão, o sangue e o circo*. História (São Paulo), Vol. 26, n. 1, 2007, pp. 125-132.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente: in rapporto all'antropologia, giurisprudenza e alle discipline carcerarie*. Roma: Fratelli Bocca, 1878.

\_\_\_\_\_; Ferri, Enrico; Garofalo, Raffaele; Fioretti, Giulio. *Polemica in difesa della Scuola criminale positiva*. Bologna: Zanichelli, 1886.

MOLINA, Antônio Garcia-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95*. São Paulo: Editora RT, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social. Os Pensadores. Trad. de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado*. 1ª ed. Porto Alegre: Abril, 1973, Vol. XXIV.

REGHELIN, Elisângela Melo. *Crimes sexuais violentos: tendências punitivas: atualizado com a Lei 12.258/10 (monitoramento eletrônico)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WACQUANT, Loïc. *Punishing the poor*. Los Angeles: Duke University Press, 2007.

**Recebido em:** outubro 2011

**Aprovado em:** novembro 2011

## OS GENOCÍDIOS DO SÉCULO XX E A CONSCIENTIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

### *GENOCIDES OF THE TWENTIETH CENTURY AWARENESS AND HUMAN RIGHTS*

*Florisbal de Souza Del'Olmo\**

**Resumo:** Este estudo traz reflexões sobre as violações dos direitos humanos no século XX. Após breve histórico, analisa-se o surgimento e a conscientização desses direitos na atualidade, embora eles continuem sendo negligenciados e afrontados. Recordar-se que a humanidade assistiu a uma longa imposição de deveres, passando os direitos a ganhar espaço apenas nos dois últimos séculos. O desprezo aos direitos humanos nos regimes marcadamente capitalistas e comunistas é estudado, bem como a inserção desses direitos nas legislações de diferentes Estados.

**Palavras-chave:** Genocídio. Direitos Humanos. Estado de Direito.

---

\* Mestre (UFSC), Doutor em Direito (UFRGS) e Pós-doutorado em Direito (UFSC). Professor do Programa de Mestrado em Direito da URI, Santo Ângelo, RS. Líder do Grupo de Pesquisas CNPq Tutela dos Direitos e sua Efetividade. Autor de *Direito Internacional Público*. 5. ed. 2011; e *Direito Internacional Privado*. 9. ed. 2011, ambos pela Editora Forense. Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, da Academia Brasileira de Direito Internacional e da Associação Americana de Direito Internacional Privado (ASADIP).

**Abstract:** This article provides reflections about human rights violations in the twentieth century. After a brief historic, it is analyzed the appearance and awareness of these rights now days, even though they continue to be neglected and affronted. Remembering that humanity has watched a long duty enforcement only giving space to the rights in the last two centuries. The disregard of the human rights in capitalistic and communist regimes is studied, as well as the insertion of these rights in to the different legislation of the States.

**Keywords:** genocide. Human rights. Rule of law.

## Introdução

Este artigo analisa os Direitos Humanos, refletindo sobre os infundáveis genocídios vivenciados pela Humanidade no século XX, bem como os documentos internacionais, surgidos desde então, direcionados à proteção dos direitos humanos. O método de trabalho seguido na elaboração do estudo consiste em reflexões, abordando a importância e atualidade da temática, vislumbrando os benfeitos aportes que o instituto vem oferecendo no resgate da cidadania.

### 1. Contextualização

A prevalência dos Direitos Humanos na legislação e na jurisprudência, brasileira e internacional, na primeira década do século XXI, aparece como premissa basilar da harmonia e do fomento nas relações internacionais para a realização e o bem-estar do ser humano. Tal afirmação se embasa por estarem inseridos em uma óptica de valorização da pessoa e por se terem tornado complemento necessário e suficiente da consolidação dessa pessoa como sujeito de direitos.

A inquietude natural do ser humano, que o impulsiona em direção a uma vida com dignidade e em segurança, impele-o irreversivelmente à luta contra a opressão e a injustiça, bem como à busca de uma forma de existência onde possa desfrutar esses ideais.<sup>1</sup>

As alusões aos direitos humanos são, muitas vezes, eivadas de ideologia e demagogia. Sérgio Resende de Barros, lamentando a imprecisão conceitual desses direitos, define-os: “são *poderes-deveres* de todos para com cada um e de cada um para com todos, visando realizar a essência humana em todas as existências humanas, concretizar o ser humano em todos os indivíduos humanos, segundo os padrões de dignidade do momento histórico”.<sup>2</sup>

A Organização das Nações Unidas (ONU), entidade maior de agregação dos povos, consigna, no preâmbulo da Carta que a instituiu em 1946, a reafirmação de fé nos *direitos fundamentais do homem*, na *dignidade e valor do ser humano*, bem como na igualdade de direitos de homens e mulheres. O art. 13 dessa emblemática Carta preceitua, outrossim, que a Assembleia Geral fará estudos a fim de “favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, língua ou religião”.

Contudo, o reconhecimento e a conscientização atual desses direitos têm avanços e retrocessos, com ingentes sofrimentos e dificuldades múltiplas. Qualquer incursão que se faça sobre a caminhada do homem no planeta conduzirá a normas e preceitos impondo-lhe *deveres*, anteriormente ao aparecimento dos direitos. E o descumprimento desses deveres implica severas sanções, inclusive a morte.

Todas as legislações da Antiguidade, códigos e determinações no mundo do direito, da religião ou da moral portam a marca de imposições aos seres humanos, elencando condutas que devem ser respeitadas sob pena de represálias ou de exclusão. Assim, o *Decálogo de Moisés* se constitui de dez mandamentos a serem observados

---

1 GARCIA, Eduardo Augusto. *Manual de Derecho Internacional Público*. p. 251. Acrescenta Agenor Pereira de Andrade: “Possui o ser humano direitos que lhe são fundamentais e que, distinguindo-o, caracterizam-lhe a personalidade, condicionando-lhe a própria razão de existir”. ANDRADE, Agenor Pereira de. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 189.

2 BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos na Família*. p. 143.

por todas as pessoas, coagindo-as a práticas religiosas, como adoração ao deus hebreu e não pronunciar em vão seu nome; censura a ilícitos penais, como matar e furtar; regras de vida, como se manter casto; posturas jurídicas, como não testemunhar em falso; e ações essencialmente ético-morais, como não cobiçar o alheio e não olhar para a esposa do outro.

Os antigos não conheciam a liberdade da vida privada, da educação ou da liberdade religiosa: a pessoa humana tinha valor mínimo perante “essa autoridade santa e quase divina, que se chamava pátria ou Estado”.<sup>3</sup> Na verdade, a concepção de justiça dessas épocas se inseria em um exacerbado sentido de dever.

Se as primeiras referências sobre direitos humanos surgiram no mundo jurídico em 1215, com a *Magna Carta* inglesa do Rei João Sem-Terra, foi na *Declaração de Virgínia*, em 1776, nos Estados Unidos, e na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, na França, em 1789, que esses direitos se consolidaram e ganharam impulso, que os transformaria em postulados essenciais a serem perseguidos por todos os povos a partir do século XX.

A importância desses dois últimos documentos, como acentuou Podestá Costa, amplia-se porque o reconhecimento de tais direitos os considera “inerentes ao indivíduo em qualquer parte”.<sup>4</sup>

Os *direitos civis*, em seu conjunto, surgiram no século XVIII, aparecendo os *direitos políticos* no século XIX e os *direitos sociais* apenas no século XX. A consolidação, porém, dos direitos humanos ocorre com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* – a seguir referida como Declaração de 1948 – no dia 10 de dezembro de 1948 em Nova Iorque.

---

3 BICUDO, Hélio. *Direitos Humanos e sua Proteção*. p. 15. Complementa o autor: “É, destarte, falso acreditar-se que na cidade antiga o homem gozava de liberdade. Ele não tinha sequer a mais ligeira ideia do que ela fosse. Não julgava que pudesse existir direitos em face da cidade e dos seus deuses”. *Idem*. p. 15.

4 PODESTÁ COSTA, Luis A.; RUDÁ, José Maria. *Derecho Internacional Público*. p. 437. Sobre a Declaração francesa de 1789, Celso de Albuquerque Mello refere estudos publicados em 1902, afirmando que esse documento pecava pela originalidade, uma vez que teria sido copiado das Declarações de direitos que as treze colônias, que constituíram os Estados Unidos da América, teriam inserido no alto de suas Constituições alguns anos antes. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 780-781. *De qualquer forma, Fábio Konder Comparato afirma que a Declaração de 1789 se constitui em “uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos”*. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. p. 132.

Convém notar que uma categoria de direitos não aparece, como um todo, em dado momento, mas ocorre de forma gradativa. Nesse contexto, verifica-se que, entre os direitos individuais dos trabalhadores, importante área dos *direitos sociais*, o surgimento se alonga por mais de um século. Assim, o *direito à liberdade de trabalho* ocorreu na França em 1793, às *férias anuais remuneradas* na Inglaterra em 1872, ao *descanso semanal remunerado* na Suíça em 1877, ao *salário mínimo* na Nova Zelândia em 1894, e os *direitos à jornada de trabalho de oito horas e à igualdade de salário para trabalhos iguais* na Constituição do México em 1917.<sup>5</sup>

## 2. Os genocídios do século XX

O século XX, que viveu o apogeu dos direitos humanos, presenciou também, paradoxalmente, os mais nefastos e trágicos atentados contra eles, defrontando-se a Humanidade com matanças generalizadas, em vários casos, caracterizando verdadeiros genocídios plúrimos. Quatro ditadores, especialmente, escreveram com sangue seus nomes no mausoléu do desrespeito aos direitos humanos: Hitler, Stalin, Mao Tsé-Tung e Pol Pot.

Dois sistemas totalitários, o *nazismo* (e a variante que o precedeu, o *fascismo*) e o *comunismo*, antagônicos em seus princípios, mas idênticos no desrespeito à dignidade da pessoa humana, engendraram no último século os mais tristes atentados ao ser humano, levando à morte, por métodos bárbaros, inimagináveis na era contemporânea, milhões de pessoas, principalmente na Europa e na Ásia.

Na Alemanha, *Adolf Hitler* foi o responsável pela morte violenta, em campos de concentração, após trabalhos forçados ou escravidão, de cerca de seis milhões de civis, especialmente judeus, ciganos

---

5 BEDIN, Gilmar Antônio. *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*. p. 64-65. Sobre o tema ver, ainda, COMPARATO, F. K. Op. cit. p. 30-55, especialmente p. 42-45. REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. p. 225-231. ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos Humanos na Ordem Mundial*. p. 25-31.

e poloneses. Esse plurigenocídio, o *holocausto judeu*, é por certo o mais conhecido, existindo farta documentação em livros, filmes e monumentos em honra das vítimas. A teoria hitlerista, desumana e cruel, entendia que somente as pessoas da raça ariana tinham condições e direito de viver e usufruir as benesses de sua pátria.

A *Josef Stalin*, na União Soviética, ditador sanguinário que governou, até morrer, com mão de ferro seu vasto império, por mais de três décadas, são imputadas execuções de cerca de vinte milhões de pessoas, a maioria delas de sua própria nacionalidade. As vítimas eram dissidentes políticos ou quem não concordasse prontamente com suas abjetas decisões. Recorde-se que esses dois megagenocidas estiveram aliados no final dos anos trinta do século XX, na invasão da Polônia, ponto de partida da II Guerra Mundial, em tratado de não agressão somente conhecido pelos demais países anos depois.

A reparação penal às atrocidades das forças nazistas buscou-se no Tribunal Militar de Nuremberg, instituído por Estados Unidos, União Soviética, Reino Unido e França, após o fim do abominável conflito, sendo julgados e condenados, inclusive à morte, cerca de duas dezenas de dirigentes nazistas.

Paradoxalmente, como se verifica, Stalin, então ditador soviético, porque aliado aos países vencedores a partir de 1941, estava imune a qualquer julgamento. Sua conduta, as violações aos direitos humanos e as atrocidades das forças soviéticas nos territórios ocupados, como Polônia, Letônia, Estônia, Lituânia e Finlândia, somente mereceriam censura tempos depois, no auge da Guerra Fria.<sup>6</sup>

Nessa tessitura, cabe lembrar o massacre na floresta de Katyn, cidade polaca na qual foi dizimada, em abril de 1940, a maior parte dos oficiais do Exército da Polônia. Houve tentativa soviética de acusação dos nazistas por esse crime no Tribunal de Nuremberg, que não prosperou. Somente em 1990, por ocasião da *glasnost* de Gorbachev, o Kremlin reconheceu, por intermédio da Agência Tass, ter Katyn sido *um grave crime do período estalinista*. Assim, em agosto de 1993 foi elaborado por um grupo de historiadores russos,

---

6 GONÇALVES, Joannisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: A Gênese de Uma Nova Ordem no Direito Internacional*. p. 61-62.

em Moscou, laudo pericial exaustivo, apresentando, de maneira fidedigna, os acontecimentos do crime e a posterior mentira. Segundo o Portal Oficial da República da Polônia em Portugal, houve o assassinio massivo de cerca de vinte e dois mil cidadãos poloneses perpetrado pelos soviéticos em seguimento à invasão da Polónia pelo Exército Vermelho, que ocorreu em 17 de setembro de 1939.<sup>7</sup>

Igualmente trágicas foram as ações comandadas, na China comunista, pelo ditador *Mao Tsé-Tung*, especialmente durante a denominada Revolução Cultural, de 1966 a 1976, vitimando intelectuais e dissidentes. Embora sem uma contabilização minimamente confiável, estimativas sérias referem entre seis e dez milhões de vítimas.<sup>8</sup>

*Pol Pot*, ditador comunista do Camboja, a partir desse último ano, vai engajar-se em insano plurigenocídio, pois o saldo de suas vítimas representa quase a quarta parte da população do país, então estimada em dez milhões, deixando um rastro de pobreza, após ter abolido o dinheiro, a propriedade, a religião, a escola e a família, na construção de uma nova sociedade.<sup>9</sup> Ele teve morte natural, em prisão domiciliar, em 1998 no próprio Camboja.

Nesse rol de inimigos dos direitos humanos não pode faltar Benito Mussolini, ditador fascista italiano por mais de duas décadas, com perseguições e mortes de adversários. Mussolini, que invadiu a Abissínia, atual Etiópia, em 1936, foi aliado de Hitler durante a II Guerra Mundial, sendo preso e executado em 1945 em Milão.

Como se depreende, os dois grandes polos em que se digladiou o globo, por tantas décadas, durante o século XX – o capitalismo, tendo à frente os Estados Unidos da América, e o comunismo, liderado pela União Soviética, protagonistas da chamada *Guerra Fria* –, paradoxalmente estiveram irmanados na agressão em grande escala aos direitos humanos.

A leitura de duas obras, com traduções publicadas no Brasil em 1999, inseridas em vieses opostos, mas complementares na descrição da hediondez humana – *O Livro Negro do Comunismo*, de

---

7 *Massacre de Katyn*. Site: <http://pt.poland.gov.pl/Massacre,de,Katyn,10179.htm>. Acesso em: 28 nov. 2011.

8 MARGOLIN, Jean-Louis. *China: uma longa marcha na noite*. p. 545.

9 MARGOLIN, Jean-Louis. *Camboja: no país do crime desconcertante*. p. 686-766.

Stéphane Courtois e outros autores, e *O Livro Negro do Capitalismo*, organizado por Gilles Perrault – permitem o conhecimento e a formação de um juízo isento dessas barbáries.<sup>10</sup>

Nos sistemas comunistas implantados na parte leste da Europa, após a II Guerra Mundial, sob o patrocínio da União Soviética, igualmente, a prática terrorista, que assume dimensão catastrófica na primeira década do século XXI, tornou-se rotineira. Reconhece Karel Bartosek que os ingredientes do terror já estavam presentes “no espaço centro-europeu antes mesmo da instalação dos regimes comunistas”, pois a violência vinha sendo, frequentemente, parte integrante das experiências recentes e da realidade social e mental desses países, acentuando: “Por isso mesmo, as suas sociedades estavam mais fragilizadas para resistirem à nova onda de barbárie, que não tardou a se abater sobre elas”.<sup>11</sup> Os atos perpetrados nos países comunistas revelam o desprezo desses regimes aos mais elementares dos direitos humanos. Ainda presentes na Coreia do Norte, em Cuba e na China, podem ser observados nesses países o pouco caso que merecem os direitos humanos, bastando referir a miséria a que está relegada a população norte-coreana, sem qualquer possibilidade de reação, a existência de centenas de presos políticos no país caribenho e a trágica liderança chinesa entre os Estados que ainda mantêm em seu ordenamento jurídico a pena de morte.

### 3. A conscientização dos direitos humanos: tratados, legislações e cortes internacionais

A série de atentados aos direitos humanos referidos despertaram no homem uma conscientização da necessidade de prevenir a repetição dessas atrocidades. Em âmbito global, em eventos regionais

10 Observa Touraine: “Das ditaduras reacionárias mediterrâneas ao nazismo ou ao imperialismo militar do Japão e até às longas vitórias do leninismo-maoísmo, as distâncias são imensas; mas em toda a parte o modelo de sociedade foi destruído em proveito de um poder absoluto do Estado, e foi necessário um longo tempo para que se descobrisse, sob terras crestadas pela violência do Estado, os restos ou os novos rebentos de uma sociedade ‘civil’”. TOURAINE, Alain. *Um Novo Paradigma: para compreender o mundo de hoje*. p. 67.

11 BARTOSEK, Karel. *Europa Central e do Sudeste*. p. 467.

e legislações nacionais, por toda parte, surgiram documentos que trazem alento aos humanistas. Em verdade, o primeiro documento da era moderna sobre direitos humanos é a emblemática Declaração de Virgínia, surgida em junho de 1776, antecedendo semelhantes documentos em outros Estados norte-americanos. Consta de dezoito artigos, preconizando no primeiro deles que “Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança”. O artigo 14 assegura a liberdade de imprensa como um dos mais fortes baluartes da liberdade no Estado.

O mais importante desses documentos, por óbvio, é a Declaração de 1948, composta de trinta artigos. É oportuno acentuar que, se o documento da Virgínia se inicia com alusão à felicidade do ser humano, a Declaração Universal dos Direitos Humanos enfatiza, no seu primeiro artigo, a primazia do espírito de fraternidade.

Embora não esteja pacificado na doutrina o reconhecimento da obrigatoriedade de cumprimento dos postulados dessa Declaração, bem como de documentos correlatos que a seguiram, entendem Accioly, Silva e Casella que a maioria dos princípios inseridos na Declaração são tidos como *direito internacional costumeiro*.<sup>12</sup> Para Alfred Verdross, a obrigatoriedade da Declaração de 1948 não é jurídica, até porque a Assembleia Geral da ONU não possui, em tese, competência legislativa. Os Estados têm, contudo, obrigação moral de reconhecer esses princípios como pauta de seu comportamento, ainda que o conteúdo dos mesmos não os vincule juridicamente.<sup>13</sup>

12 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 455. Rezek observa que a Declaração de 1948 exprime de forma ampla, e ao mesmo tempo precoce, “as normas substantivas pertinentes ao tema, e no qual as convenções supervenientes encontrariam seu princípio e sua inspiração”. REZEK, J. F. Op. cit. p. 226.

13 VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. p. 506. Jorge Campinos refere palestra do francês René Cassin, principal autor da Declaração, em Nice (França) em 1971, quando afirmou: “La science des droits de l’homme se définit comme une branche particulière des sciences sociales qui a pour objet d’étudier les rapports entre les hommes en fonction de la dignité humaine, en déterminant les droits et facultés dont l’ensemble est nécessaire à l’épanouissement de la personnalité de chaque citoyen”. CAMPINOS, Jorge. *Direito Internacional dos Direitos do Homem*. p. 8.

Acompanha-se Luis Ivani de Amorim Araújo no entendimento de que a Declaração, provindo de uma organização internacional, tem seus postulados “obrigatórios para os membros, mormente os que a aprovaram, já que prometeram implicitamente cumpri-la através de suas legislações”.<sup>14</sup> Na óptica desse internacionalista, a transgressão constante desses preceitos pode levar a ONU a expulsar o Estado infrator.

Decorridas seis décadas da instituição da Declaração de 1948, a imperatividade de seus dispositivos não encontra unanimidade entre os estudiosos. Para Antônio Celso Alves Pereira seus postulados são fonte costumeira de *jus cogens*.<sup>15</sup> Entende Gilda Corrêa Meyer Russomano tratar-se, essa Declaração, da “pedra angular da impressionante evolução que se operou nesse campo, inclusive pelo transbordamento de seus lindes tradicionais (civis e políticos), de modo a alcançar as áreas do trabalho e da seguridade social”.<sup>16</sup> Mas a pretensa positivação de cunho universalista da Declaração de 1948, alerta Darcísio Corrêa, “é muito relativa em termos de concretude e efetividade, pois continua extremamente abstrata por não estabelecer meios capazes de colocá-los em prática”.<sup>17</sup> Assim, lamentável constatação, os direitos humanos continuam a ser vilipendiados em quase todos os lugares do mundo.

Convém recordar o contexto no qual surgiu a Declaração de 1948: no curto interregno de três décadas o planeta defrontara-se com duas hecatombes generalizadas, com um rastro de quase cem milhões de mortos, em sua maioria civis. Portanto, ainda ecoavam nos ouvidos da população mundial o barulho dos canhões, o choro das mulheres e crianças violentadas ou feridas, o lamento dos

14 ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Direito Internacional Penal: Delicta Iuris Gentium*. p. 23. Embora reconhecendo os limites coativos dos postulados da Declaração de 1948, Jorge Miranda lembra que muitos deles estão hoje inseridos em Constituições, tratados, leis e decisões de tribunais, aduzindo: “Nem pode esquecer-se que foi a partir da Declaração Universal que os princípios atinentes dos direitos do homem se difundiram e começaram a sedimentar-se na vida jurídica internacional, a ponto de alguns deles se elevarem a princípios de *jus cogens*”. MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 292.

15 PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Normas Cogentes no Direito Internacional Público Contemporâneo*. p. 101.

16 RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direitos Humanos*. p. 13.

17 CORRÊA, Darcísio. *A Construção da Cidadania: Reflexões Histórico-Políticas*. p. 170.

órfãos, a dor e a sensação de impotência dos mutilados de guerra e a perplexidade generalizada, quando idealistas conseguiram levar a termo a emblemática Declaração.

Lamenta Antônio Augusto Cançado Trindade que os avanços de meio século na proteção internacional aos direitos humanos não tenham impedido as violações graves e maciças que persistem nas diferentes regiões do globo. Trata-se de violações já tradicionais, como às liberdades de pensamento, de expressão e de informação, somadas a discriminações, a violações de direitos fundamentais e ao Direito Internacional humanitário.<sup>18</sup>

Também em 1948 surge a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, formada por trinta e oito artigos, mas incorporando deveres. Nessa seara, preconiza no art. 29 que “o indivíduo tem o dever de conviver com os demais, de maneira que todos e cada um possam formar e desenvolver integralmente sua personalidade”, entendimento mantido nos demais dispositivos. Heiner Bielefeldt entende que *direito e dever* possuem uma complexa relação indissolúvel de correspondência.<sup>19</sup>

Outro documento de transcendental importância na valorização dos direitos de personalidade é a Convenção Americana sobre a Proteção de Direitos Humanos, aprovada em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica. Bastante conhecida por *Pacto de São José da Costa Rica*, dito documento constitui-se de oitenta e dois artigos, nos quais se estabelecem direitos (do art. 3º ao 26) e deveres (art. 32), nestes consignadas as obrigações para com a família, a comunidade e a humanidade. O art. 33 e os seguintes ocupam-se dos meios de proteção dos direitos, com a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede na capital costarriquenha.

18 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. p. 157-158.

19 BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. p. 200. Aduz o autor: “Enquanto numa perspectiva moral abrangente podermos falar em simetria material, no nível jurídico essa relação é de assimetria material. Essa assimetria não significa, de forma alguma, a independência positivista do direito em relação ao dever, mas surge como consequência de uma reivindicação normativa do Estado democrático, visando à proteção da dignidade humana, a fim de respeitar e proteger a liberdade individual de cada um. Apoiar o Estado de direito assim entendido é, por isso mesmo, o primeiro dever moral e político de cada cidadão e cidadão”. Idem, *ibidem*.

Por fim, convém acentuar que os tratados de direitos humanos, já por seus objetivos, não se destinam a concessões recíprocas, inadmitindo-se a invocação de dispositivos internos dos Estados para a não aplicação desses direitos, até porque qualquer interpretação deve conduzir à sua efetiva aplicação.

Lembrados documentos internacionais de tutela dos direitos humanos, tecem-se a seguir reflexões sobre a inserção desses postulados no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, a prevalência dos direitos humanos é um dos princípios que regem as relações internacionais do Brasil, conforme se consigna no caput do art. 4º da Carta Magna vigente.

A Constituição Federal brasileira de 1988, em saudável ampliação do rol de direitos humanos elencados nas cartas maiores que a antecederam, consigna o seu terceiro Título, constituído por cinco capítulos, aos *direitos e garantias fundamentais*. O primeiro desses capítulos, que ocupa todo o artigo 5º da Carta, contém setenta e sete incisos sobre os *direitos e deveres individuais e coletivos*. O caput do artigo assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Os *direitos sociais*, neles entendidos a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, estão previstos no artigo 6º, enquanto os artigos 7º a 11 asseguram os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, identificados em mais de quarenta incisos. Os artigos 14 a 16, por sua vez, preveem os *direitos políticos*.

Na atualidade, dois tribunais, entre outros, de âmbito regional, destinam-se a assegurar a eficácia dos direitos humanos: a Corte Europeia dos Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, na França, e a já mencionada Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em São José da Costa Rica. Destinam-se a julgar os casos de desrespeito à Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, respectivamente. Recorde-se que o internacionalista brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade – atualmente Juiz da Corte Internacional de Justiça, em Haia – exerceu a presidência da Corte Interamericana, de 1999 a 2005.

Sobre esse Tribunal, esclarece José Francisco Rezek que ele “não relata, nem propõe, nem recomenda, mas *profere sentenças*, que o Pacto aponta como definitivas e inapeláveis. Declarando, na fundamentação do aresto, a ocorrência de violação de direito protegido pelo tratado, a Corte determina seja tal direito de pronto restaurado, e ordena, se for o caso, o pagamento de indenização justa à parte lesada”.<sup>20</sup>

A criação pela ONU do Tribunal Penal Internacional, em 17 de julho de 1998, em Conferência realizada na capital italiana, conhecida como *Tratado de Roma*, representa um divisor de águas na caminhada contra a impunidade dos grandes inimigos dos Direitos Humanos. O Estatuto da nova Corte, vigente internacionalmente a contar de 1º de julho de 2002, refere no Preâmbulo que “os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional”. Surge, assim, como o órgão judiciário capaz de fazer frente aos chamados *crimes internacionais*.<sup>21</sup>

Lamenta Fábio Konder Comparato que a destruição de povos inteiros, ao longo da História, embora considerada um fato trágico, inevitável em determinadas circunstâncias, era vista quase como uma necessidade da natureza. Aduz que agora “a consciência de que o genocídio é um crime contra a humanidade firmou-se incontestavelmente em todo o mundo, e alguns criminosos já começam a ser julgados e condenados por tribunais internacionais”.<sup>22</sup>

20 REZEK, J. F. op. cit. p. 230.

21 O denominado *crime internacional* – de que são exemplos o genocídio, a escravidão, o tráfico de órgãos humanos e a contaminação dos mares – pode ser entendido como a violação de uma obrigação tão essencial para a comunidade internacional em seu conjunto que o torna punível por todos os Estados. Tem recebido outras designações como crime segundo o Direito Internacional, referido por Mario Pisani (PISANI, Mario. *Repressione dei Crimini Internazionali di Individui e Costituzione Italiana*. p. 53) e violação grave de normas imperativas de Direito Internacional (Comissão de Direito Internacional da ONU). Celso de Albuquerque Mello o define como “a violação por um Estado de uma obrigação internacional essencial para a salvaguarda de interesses fundamentais da comunidade internacional”. MELLO, C. D. A. Op. cit. p. 523.

22 COMPARATO, F. K. Op. cit. p. 411. Observa o mesmo autor: “A dignidade do ser humano, fonte e medida de todos os valores, está sempre acima da lei, vale dizer de todo o direito positivo. Mas a expressão jurídica dessa dignidade se enriquece continuamente no curso da História”. Idem. p. 30.

Representa o Tribunal Penal Internacional a corporificação de uma corte criminal permanente, imparcial e independente. No objetivo de uma Justiça universal, contudo, tem-se deparado com alguns obstáculos, que dificultam sua consolidação. O maior deles, por certo, é a manifesta oposição dos Estados Unidos da América, ao lado da ausência da China e da Rússia. Mas a Corte tem sabido superar essas dificuldades e conquistar o respeito da sociedade internacional.

O surgimento desse Tribunal consolida a expectativa de garantir-se maior respeito aos direitos humanos em uma esfera universal e de que o estudo desses direitos desenvolva-se “a partir de uma perspectiva inovadora e contemporânea, capaz de conjugar o Direito Interno e Internacional, à luz do princípio da primazia da pessoa”.<sup>23</sup> Assevera Flávia Piovesan que se há de “introjetar o sentimento de que os direitos humanos compõem a plataforma emancipatória contemporânea, voltada à revitalização e ao resgate da dignidade humana”.<sup>24</sup> Coroando o sonho de meio século de pessoas de todos os países e classes sociais, engajadas na busca de uma Justiça universal, capaz de coibir os delitos mais nocivos que atingem o ser humano, o Tribunal Penal Internacional vem preencher uma lacuna e oferecer alento contra a criminalidade.

## Conclusão

Buscou-se neste estudo acentuar os liames entre os grandes genocídios perpetrados no século XX, quando a Humanidade defrontou-se com matanças generalizadas, e uma nova postura voltada para a repressão desses crimes, caracterizada pelo surgimento de tratados entre os Estados, alguns de âmbito universal, e de tribunais internacionais, que levem a julgamento e penalização os autores desses crimes hediondos. Vivencia-se uma conscientização

23 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil*. p. 253-254.

24 PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 254.

dos direitos humanos como resposta a esse triste período da História, no qual os abusos e a exorbitância de líderes sanguinários não continham limites.

Quaisquer reflexões sobre direitos humanos não devem desconsiderar a forma como o ser humano foi tratado ao longo dos tempos. Assim, as leis penais buscavam a vingança e uma disposição de evitar, pela imposição de penas impiedosas e desumanas, a repetição dos delitos. Muitas enfermidades, pelo risco de contágio às demais pessoas, levavam seus portadores ao abandono ou à internação em locais solitários. Os doentes mentais, isolados e excluídos, eram submetidos a tratamentos que contrariavam os mais mezinhos princípios da dignidade humana, com choques elétricos, mutilações e emprego de medicamentos que acabavam por acentuar os sintomas e gerar revolta e desânimo. As crianças nascidas com alguma anomalia eram desprezadas e por vezes mortas, como ocorria em Esparta. As pessoas mais velhas eram desrespeitadas e consideradas como seres de categoria inferior.

Os trágicos acontecimentos do século XX, marcado por genocídios em série, ainda ressoam nos corações bem formados e conduzem a uma releitura dos valores humanos. O *holocausto armênio*, no qual mais de um milhão de pessoas dessa nacionalidade foram mortas pelos turcos, durante a I Guerra Mundial, jamais foi reconhecido pela Turquia. A expressiva maioria dos assassinatos em massa perpetrados pelos nazistas e pelos comunistas permanecem impunes. Tragicamente, já na segunda década do século XXI, continuam os direitos fundamentais a serem ultrajados, embora a presença de legislações e cortes internacionais que buscam a punição de seus autores e a prevenção de novos crimes.

O aperfeiçoamento dos postulados jurídicos na esfera interna da maioria dos países e no âmbito internacional é alvissareiro e permite esperança, até pela indignação que fatos dessa natureza, quando anunciados na atualidade, provocam no consenso da população. Ainda que os documentos regionais ou universais protetivos dos direitos humanos o sejam sob a forma de Declaração, quando sua aplicação porta margem para contestação ao valor cogente, entende-se que se vive tempos em que a liberdade, a igualdade, além, por óbvio,

do direito à vida, passam a ser reconhecidos por todos. Os milhões de vítimas dos megagenocidas do século XX constituem-se em um preço elevado para o alcance dessa mentalidade no inconsciente popular, mas pode ser o caminho para que outros milhões não sejam levados a esses sacrifícios.

## Referências bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANDRADE, Agenor Pereira de. *Manual de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos Humanos na Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. *Direito Internacional Penal: Delicta Iuris Gentium*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos Humanos da Família. In: *DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (coords.). Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 137-143.

BARTOSEK, Karel. Europa Central e do Sudeste. In: *COURTOIS, Stéphane et al. O Livro Negro do Comunismo: Crimes, Terror e Repressão*. Trad. Caio Meira. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. p. 464-538.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A Sociedade Internacional e o Século XXI: em Busca da Construção de Uma Ordem Judicial Justa e Solidária*. Ijuí: Editora Unijuí, 2001.

BICUDO, Hélio. *Direitos Humanos e sua Proteção*. São Paulo: FTD, 1997.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos*. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

CAMPINOS, Jorge. *Direito Internacional dos Direitos do Homem: Textos Básicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORRÊA, Darcísio. *A Construção da Cidadania: Reflexões Histórico-Políticas*. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2000.

COURTOIS, Stéphane *et al.* *O Livro Negro do Comunismo: Crimes, Terror e Repressão*. Trad. Caio Meira. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

D'ANGELIS, Wagner Rocha. Direito Internacional dos Direitos Humanos: Visão Histórica e Prospectiva. In: D'ANGELIS, Wagner Rocha (org.). *Direito Internacional do Século XXI: Integração, Justiça e Paz*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 41-65.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradicação no Alvorecer do Século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GARCIA, Eduardo Augusto. *Manual de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Depalma, 1975.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: A Gênese de Uma Nova Ordem no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARGOLIN, Jean-Louis. Camboja: no país do crime desconcertante. In: COURTOIS, Stéphane *et al.* *O Livro Negro do Comunismo: Crimes, Terror e Repressão*. Trad. Caio Meira. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. p. 686-766.

\_\_\_\_\_. China: uma longa marcha na noite. In: COURTOIS, Stéphane *et al.* *O Livro Negro do Comunismo: Crimes, Terror e Repressão*. Trad. Caio Meira. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. p. 545-649.

MASSACRE de Katyn. Site: <http://pt.poland.gov.pl/Massacre,de,Katyn,10179.htm>. Acesso em: 28 nov. 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos Humanos e Cidadania à Luz do Novo Direito Internacional*. Campinas: Minelli, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. Cascais: Principia, 2002.

OLIVEIRA, Almir de. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Normas Cogentes no Direito Internacional Público Contemporâneo*. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (orgs.). *Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 87-109.

PERRAULT, Gilles (org.). *O Livro Negro do Capitalismo*. Trad. Ana Maria Duarte *et al.* Rio de Janeiro: Record, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 239-254.

PISANI, Mario. Repressione dei Crimini Internazionali di Individui e Costituzione Italiana. In: SALERNO, Francesco (coord.). *Diritti dell'Uomo, Estradizione ed Espulsione*. Pádua: Cedam, 2003. p. 53-75.

PODESTÁ COSTA, Luis A.; RUDÁ, José Maria. *Derecho Internacional Público*. 5. ed. Buenos Aires: TEA, 1985.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 1992.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. *O Genocídio Como Crime Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TOURAINÉ, Alain. *Um Novo Paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Trad. Gentil Avelino Tilton. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Trad. Antonio Truyol y Serra. 5. ed. Madrid: Aguilar, 1969.

**Recebido em:** outubro 2011

**Aprovado em:** novembro 2011

A PROPRIEDADE NO DIREITO MUÇULMANO:  
UMA ANÁLISE COMPARATIVA COM O  
DIREITO BRASILEIRO

*PROPERTY IN MUSLIM LAW:  
A COMPARATIVE ANALYSIS WITH  
BRAZILIAN LAW*

*Kelly Bruch\**

**Resumo:** O presente artigo trata das fontes do direito muçulmano e de sua noção de direito real. Utilizando-se do método do direito comparado, o artigo é trabalhado em duas partes. A primeira trata dos fundamentos do direito muçulmano, contextualizando historicamente sua formação, bem como as fontes utilizadas para sua aplicação. A segunda parte trata do direito real, nos âmbitos da posse e propriedade, e faz um paralelo entre alguns institutos do direito brasileiro e do direito muçulmano. O objetivo deste artigo não é esgotar o assunto, mas fazer uma breve introdução que possa auxiliar a compreender este sistema jurídico, hoje em evidência, com base na comparação com o direito brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito Islâmico; fontes do direito; direito de propriedade; direito comparado; Islã.

---

\* Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2001), Especialista em Direito e Negócios Internacionais pela UFSC (2004), Mestre em Agronegócios pelo CEPAN/UFRGS (2006), Doutora em Direito pela Université Rennes I, France em co-tutela com a UFRGS. Desde 2010, professora da Faculdade Meridional - IMED e da Faculdade Iguazu, professora colaboradora no Programa de Mestrado Profissional em Biotecnologia e Gestão Vitivinícola da UCS.

**Abstract:** This article discusses the sources of Islamic law and its concept of real right. By using the method of comparative law, the article is divided into two parts. The first deals with the fundamentals of Islamic law, with an historical approach and explaining the sources used to its application. The second part deals with the real rights in the scope of position and propriety, and makes a parallel between some institutes of the Brazilian law and Islamic law, especially in co-ownership. The objective of this article is not to exhaust the subject, but to make a brief introduction that may help to understand the Islamic legal system based on comparison with the Brazilian law.

**Keywords:** Islamic law; sources of law; property rights, comparative law, Islam.

## Introdução

O termo Islan vem das palavras árabes Salam, salama, que significa repouso, paz. Este é o objetivo final de quem busca e segue o Islan. Para compreender o direito muçulmano faz-se necessário entender como atua esta fé, quais seus pilares, onde ela surge e como se estrutura.

Segundo Pansier e Guellaty (2000) são cinco os pilares que sustentam o Islan. O primeiro é o sahad, a fé em um Deus único (Allah), e a crença de que Muhammad é o profeta enviado à Terra. O segundo é o salat, o culto e a oração. Deve-se rezar cinco vezes ao dia, com a frente voltada para Meca, seguindo-se para tanto o ritual de purificação prévia, prostração, atitude, silêncio e meditação. O terceiro é o sawan, o jejum, que deve ser realizado nos dias 28 a 30 do mês de Ramadan segundo o calendário islâmico. Neste período não se deve beber, comer, fumar, ter relações sexuais, dentre outros. O quarto é o zakat, a caridade. Esta se traduz em tornar fato as palavras, ou seja, agir sempre de forma caridosa. O quinto é o hâdj, a peregrinação que todo o muçumano deve fazer ao menos uma vez na vida à Meca se tiver condições.

A religião islâmica surge na Arábia Saudita, oriente médio, grande centro do comércio internacional e canal de comunicação para muitas partes do mundo. Esta localização permitiu que esta religião fosse levada para diversas partes do mundo, sendo que hoje podemos encontrar seguidores nos cinco continentes.

O livro sagrado do Islan é o Qoran, que tem por significado a revelação da palavra de Deus. É este que, somado às demais fontes do direito, rege a vida política, econômica, social e familiar daquele que vive sob a égide do Islan.

Visando buscar um entendimento da concepção do direito muçulmano, o presente trabalho se divide em duas partes: os fundamentos do direito muçulmano e o direito de propriedade segundo o direito muçulmano, em uma análise comparativa com o direito brasileiro.

A primeira parte compreende a história do direito muçulmano, onde se busca brevemente tratar de Muhammad e do surgimento do Islan, das escolas do direito muçulmano e da expansão deste direito. Num segundo momento trabalham-se as fontes do direito muçulmano, primeiramente as fontes primárias, depois as fontes secundárias e por fim dos elementos que às ligam à aplicação do direito.

A segunda parte trata primeiramente da posse e propriedade, falando dos fundamentos da propriedade, da extensão do direito de propriedade e por fim da concepção de posse. Num segundo momento são trabalhados alguns institutos do direito de propriedade muçulmano, especialmente comparando-se este com institutos semelhantes encontrados no direito brasileiro. Basicamente são abordados o awaqaf, a co-propriedade, e as utilidades e garantias do direito de propriedade.

O objetivo é apresentar um panorama geral sobre este sistema de direito que vem se expandindo por meio da religião e hoje convive com os demais sistemas jurídicos em várias partes do mundo, inclusive no Brasil.

Optou-se por trabalhar os direitos reais em face da tratativa bastante diversa que o Islan dá para este instituto, o qual baliza a propriedade islâmica como sendo um empréstimo dos bens de Deus.

## 1. Fundamentos do direito Muçulmano

Neste primeiro capítulo trata-se da história do direito muçulmano e da própria religião muçulmana, que são intrinsecamente ligadas. Inicia-se com a história de Muhammad, após são apresentadas as quatro principais escolas de direito muçulmano e por fim aborda-se a expansão desta religião e por consequência as regras inerentes a esta na atualidade.

Num segundo momento abordam-se as fontes que dão suporte ao direito muçulmano. Inicia-se pelas fontes primárias, em cuja classificação se encontra o Qoran e a Sunna, que formam a Shari'a. Dentre as fontes secundárias encontram-se a ijma, kiyas, urf, amal, kanun e ijtihad. Entre os elementos de conexão encontram-se a fa-twa, tafsir, istahsan e maslaha.

### 1.1. História do direito

#### 1.1.1. *Muhammad*

O profeta da religião muçulmana, Muhammad, ficou órfão aos seis anos de idade e foi criado pelo seu avo Ahmed Bem Mottalib, e depois da morte deste pelo seu tio Abou Talib juntamente com seu primo Ali. Casou-se com uma rica viúva, Khadija, que tinha um negócio de caravanas. Um dia, trabalhando sozinho, o Anjo Gabriel lhe apareceu e lhe revelou o Qoran – que significa revelação, e determinou que este o transmitisse aos outros homens. Em consequência o Qoran se tornou imutável, pois ninguém pode mudar a palavra de Deus (PANSIER e GUILLATY, 2000).

Muhammad, juntamente com sua esposa, passou a transmitir a mensagem de Deus aos habitantes de Meca. Seus primeiros discípulos foram seus amigos Abou Bakr, Omar, seu primo Ali e sua filha adotiva Zaid (PANSIER e GUILLATY, 2000).

Ele pregou o Deus único que recompensa os bons e pune os maus. Segundo o ensinamento, no dia de sua morte o homem se torna inconsciente até o Julgamento, quando então ressuscitará para ser julgado (PANSIER e GUILLATY, 2000).

Em Meca sua pregação não foi bem aceita e ele foi obrigado a partir para a vila de Yathrib, hoje conhecida como Medina – Madinat na Nabi – que significa em árabe vila do profeta. Esta mudança é conhecida como Hegire, e dá início à era muçulmana, esta ocorre em entre 1º e 24 de setembro de 622 da era cristã (PANSIER e GUILLATY, 2000).

Após esta partida segue-se um período de luta muitas entre as vilas de Yathrib e Meca que resulta primeiramente em derrotas para o profeta. Mas aos poucos Muhammad recupera seu poder e autoridade. Em 628 d.C. morre a esposa de Muhammad. Ele então se casa com a filha de uma importante pessoa de Meca e em 630 d.C. ele marcha até Meca onde ele entra na cidade sem combate e estabelece finalmente o Islan (PANSIER e GUILLATY, 2000).

Mohamed morre em 632 d. C., vítima de uma forte febre, e sua morte dá início a uma luta pela sua sucessão. Segundo o Islan, a ordem de poder para a condução da religião muçulmana é dada por Deus ao Profeta, deste ao Calife, que é um seguidor próximo do Profeta, e deste ao Emir. Com a morte do Profeta tem início o Califat. Como Muhammad não deixou ninguém em seu lugar, seu primo Ali se torna o Calife e é assassinado pelos seguidores que não concordavam com sua indicação. Os seguidores de Ali forma o segmento Chiita, e os seguidores que se opunham a Ali formam o segmento Sunnita. Este último é o que hoje prepondera dentro da religião islâmica e o presente estudo se embasa nas escolas provenientes do segmento Sunnita (PANSIER e GUILLATY, 2000).

Com sua morte, Muhammad deixa o Qoran, que é a revelação da palavra de Deus, e a Sunna, que é a interpretação do Qoran pelo profeta.

### *1.1.2. Escolas do direito muçulmano*

O estudo do direito muçulmano segue a partir dos dois pilares, o Qoran e a Sunna, que formam a Shari'a, a fonte primária do direito, e dela derivam as fontes secundárias.

Este estudo vem ocorrendo ao longo do tempo iniciando-se logo após a morte de Muhammad. Quatro escolas ortodoxas são predominantes no direito muçulmano, sendo que estas formam os quatro ritos básicos adotados na maioria dos países que seguem a religião e por consequência o direito muçulmano: hanefita, malekita, shafeita e hanbalita.

A escola hanefita tem como seu Iman, ou seja, seu sábio criador Abu Hanifa. É uma escola baseada na ahl al-ra'y, ou seja, na razão, e por isso são conhecidos como gente da razão. Sua principal diretriz é interpretar, quando necessário, a Shari'a, por meio da razão. Esta escola recepciona os institutos da kiyas, que significa analogia e da istahsan, que significa equidade (PANSIER e GUILLATY, 2000).

A escola malekita tem como seu Iman Malik ibn Anas. É uma escola baseada na ahl al Sunna, ou seja, na tradição, e por isso são conhecidos como gente da tradição. Sua principal diretriz é interpretar, quando necessário, a Shari'a, por meio da tradição que vem sendo passada de geração em geração. Tem o Ritds al Muwatta, que significa livro da via sem obstáculos ou do caminho reto. Esta escola é mais objetiva e busca não fugir do disposto na Shari'a. É uma das escolas predominantes nos países que adotam a religião muçulmana (PANSIER e GUILLATY, 2000).

A escola shafeita tem como seu Iman Muhammad ibn Idhis Al-Shafei. É uma escola baseada na ilm al fiqh, ou seja, na ciência racional do direito, e busca conciliar a tradição como trabalho especulativo. Sua principal diretriz é buscar o justo médio (PANSIER e GUILLATY, 2000).

A escola hanbalita tem como seu Iman Ahmad Muhammad ibn Hanbal. É uma escola baseada na defesa das tradições e na interpretação literal da lei (PANSIER e GUILLATY, 2000).

Existem ainda outras escolas de menor expressão como a de Al-Awzai, a de Al-Taban e a de Al-Isfahani, dentre outras.

Uma questão importante é que dentre elas nenhuma é necessariamente considerada certa ou errada. Mas, para a resolução de um caso concreto, se for adotado alguma jurisprudência ou in-

interpretação de uma das escolas, todo o caso deverá ser olhado do ponto de vista da escola escolhida. Portanto, há necessidade de se manter a coerência.

### *1.1.3. Caráter global da expansão*

Como já colocado, o Islan nasce em uma região estratégica do oriente médio, e em pouco tempo se expande para o oriente, a Ásia, a África, a Europa. Esta expansão se dá pela própria natureza deste ser popular, plurinacional, de fácil entendimento. Com sua expansão também a língua árabe se expande (PANSIER e GUILLATY, 2000).

Segundo o Islan, aquele que nasce muçulmano, ou se converte, tem seu direito regido pelo Qoran, sua vida pública e privada são regradas pela religião, independente de onde estejam. Há nos países muçulmanos o respeito aos que não professam esta religião, inclusive o respeito a utilizar a lei da religião de cada pessoa para julgá-la.

Segundo Pansier e Guellaty (2000) as cidades muçulmanas não são confundíveis com outras cidades, pela sua organização e disposição. Nos países muçulmanos as funções públicas, intrinsecamente ligadas com a religião são divididas da seguinte maneira: o Sultão, que é o comandante dos crentes, é o soberano do estado independente; Caïd ou cheikh é o governador da província; Pacha é o governador da cidade; e Vizirs são os ministros do governo.

Atualmente existem países predominantemente muçulmanos na: Arábia, tais como Kwait, República do Yeme, Emirados do Golfo Pérsico; na África, tais Tunísia, Líbia, Argélia, Marrocos, Egito, Sudão, Mauritane, Somália, Mali, Nigéria, Niger, Guiné; na Europa a Albânia; Repúblicas da Ex-União Soviética, tais como Azerbaijão, Kazaquistão; e Turquia (PANSIER e GUILLATY, 2000).

Na Líbia há uma população mista. Há também países com expressiva população muçulmana: algumas partes da China, Israel, Chipre, Etiópia, Tchad, Madagascar, África do Sul, repúblicas afri-

canas que se encontram no oceano Índico, Denia, Zimbábue, Índia, Tailândia, Vietnam, Filipinas, e nos Balkans, na Bósnia, Sérvia, Bulgária, Macedônia, Montenegro, Croácia. Além disso há minorias imigrantes na Europa, na Grã Bretanha, Alemanha, França, Suíça, Itália (PANSIER e GUILLATY, 2000).

Por fim vale ressaltar que hoje também se nota uma grande transformação do próprio direito muçulmano, adaptando-se à realidade de um mundo globalizado, e necessitando rever seus fundamentos. No presente trabalho serão tratados dos institutos na sua forma tradicional, sem considerar estas novas transformações.

## 1.2. Fontes do Direito

### 1.2.1. Fontes primárias

As fontes primárias do direito muçulmano são o Qoran mais a Sunna que, somados, formam a Shari'a. Sob a égide destas normas o Islan estabelece a submissão completa à vida comunitária islâmica: vida pública, *status* pessoal, *status* patrimonial e religião. Sem reserva ou discussão, esta submissão não é questionável ou retratável, sob pena de vir a ser um renegado aquele que não a seguir.

#### a) Qoran

A primeira fonte é o Qoran. Sendo a revelação da palavra de Deus, este trata de todos os comportamentos do muçulmano, trazendo todos os elementos idiossincráticos e indiscutíveis do Islan, regula toda a vida pública e privada do muçulmano.

Segundo seus fundamentos o Qoran é definitivo e imutável; não é um código ou uma obra jurídica doutrinária, pois dos seus 6219 versos apenas 600 falam de regras de direito; não é uma obra de intelectuais ou teólogos, sua linguagem de fácil compreensão se

dirige ao povo pregando a igualdade, fraternidade e solidariedade de todos os muçulmanos, ricos e pobres; por fim, consagra a legitimidade e autoridade do profeta e de seus sucessores que são os depositários da palavra de Deus (ESTEVEZ BRASA, 1981).

É interessante ressaltar que o Qoran não foi escrito por Muhammad, mas por seus sucessores. Desta maneira, as novas leituras e comentários (tafsir) feitos por seus sucessores acabam por integrá-lo. É um veículo de união para o mundo islâmico, uma obra literária e instrumento para difusão da língua árabe (ESTEVEZ BRASA, 1981).

#### *b) Sunna*

A Sunna é a adaptação do que não estava previsto no Qoran, mas que foi interpretado de acordo com este e com a tradição de Muhammad. A Sunna traz originalmente a Sunnat al qaul, que é a ponderação do profeta, a Sunnat al fil, o dizer do profeta, e a Sunnat al takhir, que é a aprovação tácita do profeta de uma determinada situação. Este conjunto forma os hadith, que são os versos que compõe a Sunna. Por ser proveniente diretamente do profeta, é infalível e tão importante quando o Qoran (ESTEVEZ BRASA, 1981).

Os hadith representam os ditos e feitos do profeta, em suma. Estes ditos vêm de uma cadeia de pessoas que os transmitiu, que é a silsilat. A coerência desta cadeia de pessoas é que garante a veracidade da transmissão dos hadith (ESTEVEZ BRASA, 1981).

Os hadith, conforme a sua cadeia de transmissão, podem ser classificados em sahih – que são os perfeitos; hasan – que são bons; e da'if – que são os imperfeitos. A ilm ao-hadith, que é a ciência dos hadith, que estuda a veracidade da cadeia de pessoas que transmitiu os hadith e os classifica conforme a designação acima exposta (ESTEVEZ BRASA, 1981).

A principal finalidade da Sunna, e, portanto dos hadith, é completar as lacunas por ventura existentes no Qoran.

### 1.2.2. Fontes secundárias do direito

Para compreender as fontes secundárias do direito, que são aquelas que surgem das tradições e costumes, do consenso da comunidade e das ponderações dos sábios, faz-se necessário compreender quem são as pessoas que podem validar uma fonte secundária.

Em regra existem os *alim*, que são os sábios do direito. Ele pode ser conhecido por diversas designações, tendo em vista as fontes de direito que eles elaboram. Os *mudjtahidin* são os sábios de uma das escolas, já expostas. São considerados juristas teólogos e elaboram os *ijma*, que são o consenso da comunidade. Os *mufti* são os sábios conhecedores da *Shari'a*. Eles elaboram os *fatwa*, que são opiniões ou pareceres que podem ser utilizados em sentenças. Os *muqallidin*, seguidores dos *mudjtahidin*, elaboram a *tafsir*, que é a explicação e compreensão da lei divina. O *qadi* é o juiz, que elabora as sentenças, muitas vezes faz papel de notário, firma contratos, dentre outros (ESTEVEZ BRASA, 1981).

#### a) *Ijma*

O *ijma* é o consenso da comunidade. Segundo dispõe o Qoran: meu povo jamais poderá ser unânime no erro. Assim, quando há um consenso na comunidade, que é representado pelo consenso dos sábios, este se transforma num *ijma* e pode ser seguido como uma interpretação do Qoran. O *ijma* não pode conter versos do Qoran. Trata-se de um dogma que se forma mediante o consenso unânime e praticado constantemente pelos juristas e designa um uso, uma regra de direito. Desta maneira, quando uma solução não pode surgir da lei, será o consenso da comunidade que demonstrará a solução, que provém dessa coincidência de opiniões para resolverem de forma concreta um assunto determinado (ESTEVEZ BRASA, 1981).

A regra procedente do *ijma* será estabelecida quando haja sido dada a conhecer de forma conjunta pelos *mudjtahidin* que participaram da discussão e elaboração, ou de forma separada sendo difundida por apenas um dos *mudjtahidin*, mas que não seja contradita pelos outros. Ela assegura à Comunidade Muçulmana a integração

de distintas opiniões, o reconhecimento de novos princípios que vem surgindo no curso dos tempos e a adequação do novo direito à sociedade e da sociedade às normas (ESTEVEZ BRASA, 1981).

#### *b) Qyyas*

A qyyas é a analogia. Ela é feita por meio de um tafzir que é um comentário que visa explicar e compreender a lei. Ela deve ser feita por um mudhatahidin. Por ser produto da razão humana ela não é infalível. Em regra há duas formas de analogia: a analogia legal, que compara o caso concreto com outros casos; e a analogia de direito, que compara aplicações da lei. Mas não se pode fazer analogia com um caso que proceda de outra regra proveniente de analogia e não da análise da própria lei. Na realização da analogia, devem ser identificar três pontos: o texto legal, a questão para resolver e o nexó entre eles. Este nexó será a 'illa, que é a razão de ser da lei. Ou seja, a lei se aplica a este caso por que a razão de ser da lei a este caso contempla e assim o permite. Contudo a analogia não pode modificar a lei e, muito menos, os desígnios de Deus, como nenhuma fonte secundária em regra pode (ESTEVEZ BRASA, 1981).

#### *c) Urf e amal*

Os urf são os usos e costumes, e o amal é a jurisprudência. Há um constante processo de sedimentação dos usos e costumes e das resoluções judiciais. Estando os usos e costumes avaliados pelo consenso comunitário, ele pode ser transformado em ijma (ESTEVEZ BRASA, 1981).

Trata-se de uma fonte auxiliar do direito que vale mais para adequar a lei às necessidades e reclames imediatos que para modificá-la, substituí-la ou ab-rogá-la, embora isso possa vir a acontecer. Pode se assemelhar mecanismo ao precedente adotado nos países que tem como sistema jurídico o *common law*. Não há um divórcio entre as regras do costume e as normas jurídicas, já que ambas se completam mutuamente e aqueles países onde prevalece o direito escrito e estável, recorrem, sem embargo, ao costume quando devem resolver em concreto uma determinada situação que não encontra resposta imediata na lei (ESTEVEZ BRASA, 1981).

#### *d) Jurisprudência*

A jurisprudência é formada do *urf* – usos e costumes, do *fatwa* – opinião ou parecer do *mufti* e do *amal* – que são as decisões judiciais. Este conjunto forma cada decisão judicial e, portanto a jurisprudência.

Para a jurisprudência ser válida como fonte de direito o pronunciamento deve responder a algum interesse geral, ou à necessidade particular submetida à decisão e contar com o aval de dois testemunhos honoráveis ou um científico reconhecido. Além disso, toda a sentença deve fundar-se na opinião de um *mufti*. Todo este cuidado se deve por que a origem divina da norma não pode ser objeto de revisão pelo homem (ESTEVEZ BRASA, 1981).

#### *e) Kanun*

O *kanun* é a nova lei. Elas são elaboradas para regulamentar as situações que não se encontram nas fontes primárias. São elaboradas e sancionadas muitas vezes por assembleias legislativas. Para admitir a *kanun*, entende-se que a autoridade política, ao emitir ordenações, leis, disposições ou regulamentos, tenha consultado a mais alta autoridade em matéria de ciência islâmica, de tal modo que o poder de polícia próprio de toda a administração não caia em excesso. A nova lei também trata da regulamentação das leis que se aplicam aos não muçulmanos que se encontram dentro de um país árabe, com a finalidade de aplicar para ele a lei de sua religião (ESTEVEZ BRASA, 1981).

#### *f) Ijtihad*

O *ijtihad* é a doutrina. Ela busca sistematizar um mecanismo intelectual com a finalidade de legitimar uma prática que traga solução aos casos novos e que estão ligados aos princípios gerais contidos ou decorrentes das fontes primárias. Trata-se de construir um método utilizando a razão a serviço da religião. Ou seja, a construção de uma teoria de relações entre a revelação e a razão humana. Se for aceito e praticado de forma coletiva, pode vir a se transformar em um *ijma* (ESTEVEZ BRASA, 1981).

### 1.2.3. Fontes de enlace entre a lei, a doutrina e a jurisprudência:

As fontes de ligação são utilizadas para buscar a compreensão das fontes primárias.

#### a) *Fatwa*

A fatwa é a opinião ou parecer do mufti. Uma de suas principais funções é fundamentar as sentenças dos qadi. Ela busca a reinterpretação de uma regra de direito, trazendo resposta a uma dúvida ou pergunta. Não é uma sentença, mas um parecer do tipo consultivo e aclarativo que poderá embasar uma decisão (ESTEVEZ BRASA, 1981).

#### b) *Tafsir*

A tafsir é a explicação e compreensão da lei divina. Ela é feita pelos muqallidin. Quando um texto interpreta de forma diferente uma situação disciplinada por outro texto, encontrados ambos nas fontes primárias ou ambos nas secundárias, cria-se uma contradição. Os tafsir servem para conciliar estas contradições com a única limitação de não aplicar distintos temperamentos a um determinado assunto. Ou seja, se aplicarem uma postura de uma escola em um determinado ponto, a esta escola deverão seguir na resolução desse conflito. Esta forma de explicação e compreensão permite obter regras de direito e conservar a plenitude e pureza dos textos sagrados (ESTEVEZ BRASA, 1981).

#### c) *Istahsan*

A istahsan é a equidade. Ela é obtida por meio da experiência do mudjtahidin. Se não houver uma solução clara para o caso concreto, este é chamado para oferecer uma solução com base na equidade. Ela tem primazia mesmo frente aos qyyas, e é uma importante fonte de direito (ESTEVEZ BRASA, 1981).

d) *Maslaha*

A *maslaha* é o bem público. Sua utilização se dá quando em um caso concreto há colidência entre um interesse público e um interesse privado. Neste caso o *mudjatahidin* é chamado a oferecer uma solução que respeite o interesse e o bem público (ESTEVEZ BRASA, 1981).

O quadro abaixo, elaborado por Estevez Brasa (1981) resume, de uma maneira diversa da apresentada no presente trabalho, as fontes do direito muçulmano, não trazendo os elementos de ligação:

1 – Fontes-fontes (vertentes) originais, causais	Forma e fundo do direito	Qoran e Sunna Shari'a
2 – Fontes-causas (formadas) complementares, conseqüentes	Intuição e razão do direito	Ijma Kiyas
3 – Fontes-afluentes (sedimentadas) elaboradas ou espontâneas	Vulgarização e cientifização do direito	Urf Amal

Figura 1: Fontes do Direito Muçulmano elaborado com base em ESTEVEZ BRASA, 1981, p. 149.

Outra maneira de representar as fontes do direito muçulmano é, comparando-as com as fontes do *civil law*, apresentar quais podem ser comparadas a leis, doutrina, jurisprudência e costume:

Lei	Shari'a e por extensão Ijma Kanun como fonte não revelada
Doutrina	Fatwa, kiyas, tafsir, ijthihad
Jurisprudência	Amal, idjitahad
Costume	Urf

Figura 2: Fontes do Direito Muçulmano comparados ao Civil Law elaborado com base em ESTEVEZ BRASA, 1981, p. 172.

Contudo, optou-se pela sistematização em fontes primárias, fontes secundárias e elementos de ligação, por entender-se que desta maneira se respeita a hierarquia que o direito muçulmano estabelece para estas fontes. Esta concepção resume-se no quadro abaixo:

Fontes Primárias	Qoran e Sunna = Shari'a
Fontes Secundárias	Ijma Qyyas Urf Amal Kanun Ijtihad
Elementos de Ligação	Fatwa Tafsir Istahsan Maslaha

Figura 3:  
Fontes do Direito Muçulmano;  
elaboração própria.

Em suma, são estas as fontes que guiam a compreensão de todo o direito muçulmano e, mediante a sua utilização, vem este direito procurando se adaptar às novas realidades que o contato com outros ordenamentos jurídicos vem criando dentro e ao entorno da sociedade muçulmana.

## 2. O Direito Real

Na religião muçulmana o usul é o tronco do direito. Dentro deste tronco existem os vários ramos, que são os furu. Um destes ramos é o um'amalat, que é o ramo do direito entre os homens, ou seja, o direito privado. Outro ramo é o ibadat, que são os direitos divinos, o que poderia ser chamado comparativamente de direito público. É dentro deste último ramo que se encontra o direito pessoal e o direito real (ESTEVEZ BRASA, 1981). O presente capítulo se restringe aos direitos reais.

Este capítulo se divide em uma parte geral e uma parte mais específica. A primeira trata da posse e da propriedade, abordando o conceito desses institutos, sua extensão, peculiaridades e principais características. A segunda parte trata de alguns institutos específicos do direito muçulmano. Não que institutos semelhantes não sejam conhecidos em outros sistemas jurídicos. Mas o que busca abordar é a característica desses institutos e uma breve comparação destes com semelhantes do direito brasileiro. Especificamente serão tratados do awqaf, da co-propriedade e das utilidades e garantias da posse.

## 2.1. Posse e propriedade

Um preceito que fica muito claro na doutrina consultada é que o sujeito de direito muçulmano não é dono de tudo que é criado, é um administrador dos bens de Deus. E a propriedade/administração dos bens advém diretamente do merecimento em deter esta possibilidade. Na relação do homem com as coisas, a dádiva divina exerce o papel de protagonista, o homem é apenas um coadjuvante. E esta concepção permeia todo o direito (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Contudo, em que pese esta concepção o princípio *erga omnes* existe de forma bastante clara no Islã, como uma obrigação passiva universal (ESTEVEZ BRASA, 1985). Outro ponto importante a ressaltar é que subjetividade na relação jurídica torna menos precisa a divisão entre direitos reais e pessoais. Um exemplo disso é que o direito de propriedade, em que pese sua importância, não aparece delimitado na normalização muçulmana, mas espalhado, entre outros institutos e tratando de situações específicas ligadas a estes. Não há uma parte, um capítulo, um direito especial de propriedade, há a regulação de situações fáticas nas quais está envolvido inclusive o direito real (SCHACHT, 1975).

No direito brasileiro, a teoria dominante é a de que a propriedade é inerente à natureza humana. A propriedade não deriva da lei ou do Estado, mas de um direito natural que antecede a todos eles (GOMES, 2000).

Assim como a religião domina fundamentalmente em matéria de instituição familiar, são principalmente as circunstâncias políticas, sociais e econômicas as que incidem no desenvolvimento do direito de propriedade. Em virtude da origem tribal e nômade, a apropriação e as formas coletivas de propriedade da terra têm uma ampla recepção. Os povos árabes conheciam a propriedade individual do que possuíam: armas, roupas, cavalos. Mas as terras conquistadas pertencem desde suas origens à comunidade muçulmana. E a idéia de propriedade, ressalta-se mais uma vez, está diretamente ligada com o conceito de merecimento, de sua obtenção mediante o trabalho (ESTEVEZ BRASA, 1985).

### *2.1.1. Propriedade*

No direito muçulmano existem duas formas de propriedade as terras de kharadj e as terras de awqaf em razão da conquista islâmica.

As terras kharadj são como um arrendamento a um proprietário superior, que é Deus representado pela Comunidade Muçulmana. O homem é proprietário originário, ou por compra e venda, da terra, mas precisa pagar uma contribuição territorial para manter esta terra, que é o kharadj (ESTEVEZ BRASA, 1985).

As terras de awqaf são terras conquistadas em razão de guerra e divididas entre os vencedores. Mediante a instituição de um awqaf, eles podem usufruir da terra, por meio do pagamento de um tributo à Comunidade Muçulmana (ESTEVEZ BRASA, 1985).

#### *a) Formas de aquisição da propriedade*

No direito muçulmano são duas as formas de aquisição da propriedade: a originária e a derivada. A originária ocorre quando há a primeira ocupação de um lugar, que é o istila, e este não tem dono anterior. A derivada se dá pela transferência da propriedade por meio da transferência da posse, que é a venda. Ela também pode se dar com a transferência da propriedade derivada, que consistem em transações com esses direitos de propriedade que no direito bra-

sileiro são compreendidos como direito sobre coisa alheia. E ainda a promessa de transferência, onde a transferência da propriedade só ocorre quando se realizar o contrato (SCHACHT, 1975).

### *b) Categorias de bens e direitos*

No direito brasileiro considera-se direito sobre a propriedade o *jus utendi*, o *jus fruendi*, o *jus abutendi* e o *revindicatio*, ou seja, o direito de usar, gozar, dispor e reaver o bem de quem injustamente o tenha usurpado, conforme artigo 1228, do Código Civil Brasileiro (CCB).

No direito muçulmano se reconhece sobre a propriedade o *milk* e o *manafi*. O *milk* é o direito de propriedade, a faculdade de domínio e disposição sobre o bem. É o direito sobre as armas, animais, casas, águas para irrigação, pois a terra era apropriada segundo convinha ao exercício do nomadismo. O *manafi* é a utilidade do bem (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Sobre a propriedade pode haver a *shirkat*, que é a sociedade sobre o bem e a *shuf'a*, que é o condomínio. O bem também pode ser vendido pela *bai'* que é a troca de propriedade por propriedade como consentimento mútuo das partes (ESTEVEZ BRASA, 1985). O mal são as riquezas e os bens que constituem o patrimônio das pessoas, os bens que estão no comércio. Mas não podem ser objeto de propriedade privada os bens de uso comum e indispensável para a vida: o ar, a luz e o fogo (SCHACHT, 1975).

### *2.1.2. Extensão do direito de propriedade*

A extensão do direito de propriedade diz respeito à superfície, subsolo, águas, tesouro e jazidas minerais.

#### *a) Propriedade da superfície*

A propriedade do solo implica na propriedade da superfície do solo. O proprietário pode se opor às construções limítrofes que invadam seu terreno, bem como que as ramas das árvores vizinhas

caiam sobre ele. Também pode elevar sobre seu terreno qualquer tipo de construção e até a altura que desejar (ESTEVEZ BRASA, 1985).

#### *b) Propriedade do subsolo*

O proprietário do solo também o é do subsolo, podendo utilizar seu terreno da forma que quiser, cavar poços e construir depósitos no subsolo. Contudo seu direito é limitado pelo dano que possa causar a seu vizinho (ESTEVEZ BRASA, 1985).

No direito brasileiro, conforme artigo 1229 do CCB a propriedade do solo abrange a do subsolo, em profundidade útil ao seu exercício, não podendo, entretanto o proprietário se opor a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma profundidade tal que não tenha ele interesse legítimo em impedi-la.

#### *c) Regime de águas*

A água é muito importante no direito muçulmano. As águas de vertentes, de rios e de lagos, não podem ser objeto de concessão em hipótese alguma. Só cabe a regulamentação de seu uso pelo soberano, já que todos têm direito a sua utilização para as necessidades pessoais, de seus animais e para a irrigação da terra, que é o direito de shirb (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Os muçulmanos têm participação por igual em três coisas: água, erva, fogo. Todavia, se um não-muçulmano chega à água, antes de havê-lo feito um muçulmano, esta lhe pertence. É proibida a venda do excesso de água, pois a água é de propriedade comum, independente do terreno onde esteja. Quem cava um poço em sua propriedade também não é proprietário exclusivo de suas águas. Este apenas terá direito à indenização caso a forma de utilização das águas cause prejuízo ao proprietário da terra (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Há uma exceção para utilização no caso de pequenos rios, cujo direito e uso se limita quanto ao direito de shirb (irrigação) aos ribeirinhos de forma exclusiva. Ou seja, se um muçulmano tem um pequeno rio que cruza sua propriedade, apenas ele tem o direito de utilizar a água deste rio para a irrigação, podendo os outros usufruir

desta água para uso pessoal, bem como para seus animais. Em todo o caso prevalece sempre o direito da comunidade em relação ao direito individual (ESTEVEZ BRASA, 1985).

#### *d) Regime de tesouro*

O tesouro é um objeto sem dono conhecido, enterrado em um imóvel. Ele terá diferentes tratamentos dependendo de sua origem. Estando em terra pública um quinto do tesouro vai para a comunidade e o restante para o descobridor. Estando em terra particular vai para o proprietário da terra. Sendo de origem muçulmana – não pertence a ninguém durante um período de tempo estipulado, ficando o descobridor como depositário do tesouro. Se transcorrido esse período ninguém aparecer, ele pode ficar com o tesouro. Mas se a pessoa aparecer posteriormente, ele terá que indenizar (ESTEVEZ BRASA, 1985).

No direito brasileiro, segundo o art. 1264 e seguintes do CCB, o tesouro é um depósito antigo de coisas preciosas, oculto e cujo dono não haja memória. Se encontrado em terreno alheio, divide-se entre o proprietário e o quem achar o tesouro. Mas se achado pelo dono do terreno, ou por pesquisa que ordenou ou por terceiro não autorizado, pertence a ao proprietário do terreno. No direito brasileiro é crime se apropriar da quota a que tem direito o proprietário do prédio, conforme o art. 169, do Código Penal Brasileiro.

#### *e) Jazidas minerais*

A propriedade das jazidas minerais pode ser tratada de três maneiras distintas, conforme as várias escolas do direito. Segundo a primeira interpretação, é proprietário o dono do solo, com obrigação de pagar um tributo ao Estado. Conforme a segunda, a jazida sempre é de domínio público. Na abordagem da terceira, estando na superfície a jazida é da Comunidade Muçulmana. Para a escola Malekita prevalece a autoridade estatal e a necessidade de concessão para explorar a jazida (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Vale ressaltar que se trata de instigante tema dentro do direito muçulmano, posto que muitos dos estados muçulmanos se encontram no oriente médio, região de constantes disputas por um dos minérios mais valorizados da atualidade: o petróleo.

No direito brasileiro, segundo o artigo 1230 do CCB, a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais. Estes recursos naturais devem ser objeto de concessão pela União para serem explorados.

### 2.1.3. *Posse*

No direito muçulmano a posse é, acima de tudo, o melhor meio probatório do direito de propriedade, ao qual terceiros não podem se opor.

As formas de posse no direito muçulmano são as seguintes:

I - yah – é o fato possessório e consiste em ter a posse do imóvel. Para utilizá-la se exige o uso da regra conhecida como *istishab*. Esta regra, que presume ser possuidor o que está em posse do bem, exige uma prova pertinente da posse/propriedade antes de turbar a posse do outro (ESTEVEZ BRASA, 1985).

II - hawz – é a posse qualificada. Para ter este tipo de posse, deve-se estar no imóvel por no mínimo dez a doze meses, dependendo do rito adotado. Deve-se ter fama de proprietário, ter a posse pacífica durante o ano todo. Este tipo de posse é válido se o proprietário anterior era desconhecido (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Mas se o proprietário anterior era conhecido, há dois tipos de posse:

III - *hiyaza* – é a posse larga. Para esta forma deve-se estar de posse do imóvel por dez anos, além de ter fama de proprietário e ter a posse de forma pacífica (ESTEVEZ BRASA, 1985).

IV - posse larguíssima. Esta é a posse durante cinquenta anos (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Estas formas de posse valem como prova do direito de propriedade do possuidor, se ele se encontra ocupando a terra na qualidade

de dono. Mas se o possuidor entrou na terra a título de usuário ou de empréstimo, nem a posse larga purga o vício, pois em sua entrada ele não ocupava a terra na qualidade de dono (ESTEVEZ BRASA, 1985).

O quadro abaixo esclarece a forma de garantir-se a posse:

Possuidor atual	Proprietário anterior	Desconhecido: hawz e juramento
		Conhecido: hiyaza
	Título	Desconhecido: Hawz
		Conhecido e vicioso: hiyaza não desfaz o vício

Figura 4: Formas de garantir a posse. Elaborado com base em: ESTEVEZ BRASA, p. 257, 1981.

Se o possuidor atual for questionado em sua posse quatro possibilidades podem apresentar-se. Se o proprietário anterior era desconhecido, ele tendo uma posse hawz e fazendo o juramento de que é dono lhe garante a posse. Se o proprietário anterior era conhecido, apenas tendo uma posse hiyaza lhe garante a permanência na posse. Se ele possuir um título que comprove sua posse ou propriedade, e sendo desconhecido o proprietário anterior, uma posse hawz lhe garante a permanência. Mas se o proprietário anterior era conhecido e ele não entrou de na posse como dono, embora tenha título, nem a posse tipo hiyaza o permite ficar no imóvel (ESTEVEZ BRASA, 1985).

*a) Prescrição*

No direito brasileiro há, dentre outras, duas formas de prescrição: a prescrição aquisitiva / usucapião, que confere um título de direito real; e a prescrição extintiva/ liberatória, que põe fim a uma obrigação.

No Islan estas formas de prescrição não são aceitas desta forma pois: é uma profanação da ordem estabelecida pelo criador tirar a propriedade de suas terras do verdadeiro proprietário; e o Qoran manda todos pagarem suas dívidas (ESTEVEZ BRASA, 1985).

A posse não é uma forma de adquirir o usucapião, como no direito brasileiro, mas um meio para repelir uma ação reivindicatória impetrada pelo verdadeiro ou suposto proprietário da terra. Todavia nenhuma modalidade de posse é válida quando se tratar de bens que sejam de domínio público e de bens que sejam os *awqaf* (ESTEVEZ BRASA, 1985).

No direito muçulmano a prescrição da posse não corre contra incapazes, mesmo que este tenha um tutor. Também não ocorre contra ausentes que estejam a uma certa distância de forma que não possam atuar, e não ocorre quando os donos estejam submetidos à coação, seja ela força ou terror. A demanda judicial interrompe a prescrição da posse. O prazo de duração da prescrição de uma posse varia segundo o tipo de bem, a relação pessoal entre as pessoas e se trata de ato entre vivos ou causa da sucessão. Por exemplo, entre estranhos o tempo de prescrição é menor que entre parentes. Para bens móveis o prazo é muito mais reduzido. Também se pode somar o tempo do antigo possuidor com o novo, bem como na sucessão (ESTEVEZ BRASA, 1985).

A posse não significa com respeito ao proprietário a perda de sua propriedade, senão o impedimento para intentar a reivindicação. Ele continua sendo proprietário, mas não pode tirar da posse quem a tenha pelo tempo estipulado na lei. A posse não é um direito em si, mas uma exceção dentro de uma ação reivindicatória. No direito muçulmano as características e conseqüências da posse autorizam sua qualificação como direito, e até como um direito real. Ela é um fato que gera direito (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Há os *Hakk al yah* – direitos derivados da posse e a *Mik al yah* – propriedade em virtude da posse. Na teoria se distingue a posse da propriedade, mas na prática pode-se usar uma ação reivindicatória para garantir a posse de um ano, embora exista a ação de defesa possessória. Isso por que quem demanda acaba por defender um direito de propriedade (ESTEVEZ BRASA, 1985).

### *b) Frutos e melhorias*

No direito muçulmano o possuidor sempre fica com os frutos e melhorias. Se as melhorias passarem do preço da terra, o possuidor de boa fé fica com a terra. Mas se o possuidor for de má fé o proprietário só deve pagar as melhorias. Se não quiser pagar, o proprietário de má fé pode ficar no imóvel pagando pelo preço dele (ESTEVEZ BRASA, 1985).

No direito brasileiro, segundo o artigo 1232, CC, os frutos do imóvel pertencem ao seu proprietário. Conforme artigo 1256, CC, aquele que promove melhorias de má fé perde em proveito do proprietário estas melhorias, mas se o fez de boa fé, terá direito à indenização. Se a melhoria exceder o valor do imóvel, e esta foi feita de boa fé, que a executou poderá ficar com o imóvel, desde que pago o preço justo.

## **3. Institutos Muçulmanos do direito de propriedade**

### **3.1 Awqaf**

O instituto do awqaf, no singular waqf é uma espécie de doação de um usufruto de um bem imóvel com um fim piedoso ou benéfico, ou ainda de utilidade geral. Este bem permanece fora do comércio imobiliário e do exercício da autoridade pública. Esta doação é diferente da caridade pois a 'illa do awqaf, ou seja, a razão do direito, é diferente (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Mediante a instituição do waqf pode-se: retificar ou alterar a ordem das sucessões; dispor da cota de bens que se deseje sem atender às prescrições em matéria sucessória; proteger os bens contra os requerimentos do Estado; assegurar uma situação patrimonial privilegiada de uma família tradicionalmente poderosa. O awqaf também pode ser uma arma eficaz para proteger o patrimônio nacional em países com graves problemas de desenvolvimento contra

a voracidade dos agentes colonialistas. Por outro lado ele pode representar uma sobrevivência retardatária de antigos privilégios de clãs ou grupos familiares (ESTEVEZ BRASA, 1985).

*a) Instituição do waqf*

Para instituir um waqf precisa-se respeitar a uma série de requisitos. O primeiro deles é a capacidade. Para sua instituição o constituinte deve ser maior de idade, livre, muçulmano, não pode ser doente mental, e não pode estar na iminência ou em estado de falência. O segundo é a forma. A instituição deve se dar mediante o consentimento das duas partes, o constituinte e a instituição beneficiada, na presença de testemunhas e do qadi, para efeitos notariais. Pode se instituir o waqf, no caso de doações, com um termo ou uma condição (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Outras circunstâncias devem ser apontadas na instituição de um waqf. Por exemplo, quem constitui um waqf só mantém para si a nu propriedade. Desvincula-se totalmente do gozo do bem. Porém tem-se admitido que o constituinte possa designar a si mesmo em primeiro lugar na ordem dos beneficiários do waqf. Por outro lado, o bem deve pertencer em plena propriedade ao constituinte, ou seja, é indispensável que quem constitua o waqf possa dispor livremente do bem. Além disso, ele pode ser constituído sobre todo o bem imóvel. Em alguns casos se aceita a constituição sobre bem móvel, mas isso desvirtua o instituto. Os acessórios de um imóvel constituído em waqf ficam afetados a esse mesmo fim. E pode-se entregar a totalidade do patrimônio até em detrimento dos parentes mais próximos, mas não se aceita sua constituição sobre bens futuros (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Outra questão que permeia o waqf é como distribuir os bens, no caso da instituição que tenha como beneficiário intermediário a família. Primeiramente deve-se respeitar o que foi estipulado no waqf. Mas quando a intenção não é clara, sempre se trata de atender às filhas mulheres e suprir as suas necessidades (ESTEVEZ BRASA, 1985).

### *b) Tipos de awqaf*

Há dois tipos de awqaf, o privado e o público. O awqaf privado se dá quando há um beneficiário intermediário antes que o usufruto passe definitivamente para o seu beneficiário final. O público se dá quando o beneficiário é imediatamente uma instituição de caridade (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Com relação à sua revogação, uma teoria entende que, se constituído em vida por seu fundador, poderia haver uma liberdade para revogá-lo, salvo se o juiz tivesse estabelecido sua perpetuidade. Outra teoria mais aceita é a de que o constituinte se desposa de seus bens e o desdobramento em propriedade e usufruto se produz correspondendo a primeira a Deus e a segunda aos beneficiários. Alguns aceitam a possibilidade de revogar a instituição, mediante cláusula. Para outros esta cláusula significa a nulidade do awqaf, e outros ainda consideram a cláusula como não escrita (ESTEVEZ BRASA, 1985).

### *c) Beneficiários*

Geralmente os beneficiários definitivos são instituições de caridade e os beneficiários intermediários são familiares do constituinte. Se estes não cuidarem do bem, o beneficiário definitivo pode acioná-los, e o qadi pode determinar uma intervenção (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Os beneficiários não podem alterar a substância nem as qualidades do bem. Se ele é destinado à pecuária, não pode ser utilizado para construir casas. Alguns ritos admitem ser instituída cláusula determinando que se os beneficiários se encontrarem em pobreza extrema, o bem pode ser vendido para que eles possam sobreviver deste. Também admite cessão dos direitos por expropriação por causa de utilidade pública, ou, se bens móveis, por se tornarem inúteis ou inadequados. Salvo isso não se pode proceder a venda. Não corre prescrição contra os beneficiários futuros (ESTEVEZ BRASA, 1985).

#### *d) Administração*

A administração do waqf é feita pelo mukaddam, que é designado pelo constituinte ou pelo qadi. Ele é um representante do waqf e não dos beneficiários, e pelo waqf deve zelar. O beneficiário definitivo também pode ter um representante que zele pelos seus direitos (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Há limitações para a administração. Por exemplo, o mukaddam não pode contratar algo sobre o bem a longo prazo, pois esta contratação pode resultar em perda da posse do bem, desgaste do bem, e acabar por desvirtuar o instituto e prejudicar os beneficiários. Por fim, se o fim para o qual o bem foi destinado não se cumpre, pode-se aplicar o bem a uma outra instituição afim (ESTEVEZ BRASA, 1985).

#### *e) Controle oficial*

Nos países muçulmanos há uma administração geral dos awqaf, onde estes devem ser registrados. Contudo, sua falta de registro não o anula (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Por outro lado, como a imobilização dos bens resultante dos awqaf pode trazer conseqüências desfavoráveis para o mercado imobiliário e a economia de um país, em alguns países há um estímulo à mobilização dos imóveis afetados. Além disso, há dois meios legais que podem ser aplicados para promover esta desmobilização: o bai 'al manafa, que é a venda do desfrute do bem; e o bai 'al hawa', que é a venda do ar (ESTEVEZ BRASA, 1985).

#### *f) Bai 'al manafa*

A venda do desfrute do bem significa que pode ser feita a alienação do usufruto do bem de forma perpétua a terceiro, de modo que os beneficiários não disponham do usufruto, mas da renda proveniente dele. Isso pode desvirtuar o instituto, pois a parte mais importante do benefício, o usufruto do bem, fica para o cessionário. No caso da exploração da terra, por exemplo, isso pode significar o empobrecimento deste ou até muitas vezes a perda da posse da terra (ESTEVEZ BRASA, 1985).

g) *Bai' al hawa'*

A venda do ar permite que em terras de awqaf possam se realizar construções mediante o pagamento de uma renda pelo adquirente. Cria-se assim uma coexistência das propriedades – a do beneficiário e a do adquirente do ar – mantendo-se o pagamento de uma renda determinada. Isso também pode desvirtuar o instituto por que com o tempo o patrimônio se deteriora podendo vir a diminuir a renda (ESTEVEZ BRASA, 1985).

h) *Outras considerações*

Este instituto pode ser comparado ao *Trust* do direito inglês e ao fideicomisso do direito brasileiro. No caso do fideicomisso, ele pode ser equiparado por como o awqaf por resultar de uma disposição pela qual o fideicomitente institui herdeiros ou legatários, impondo a um deles, o fiduciário, a obrigação de, sob termo ou condição, transmitir a outro, o fideicomissário, a herança ou legado (GOMES, 2000). Assim como o beneficiário intermediário tem a fruição da coisa, e depois do termo ou condição, que pode ser a sua morte, ele passa esta fruição ao beneficiário seguinte, que pode ser outro intermediário ou o final. E em casa período o beneficiário ou legatário, é pleno de direitos sobre a fruição ou a propriedade, passando esta plenitude para o beneficiário ou legatário seguinte. No *Trust* a semelhança se encontra em o instituidor elege um *trustee* para administrar um conjunto de bens, assim como o mukaddam no awqaf, e repassar aos beneficiários instituídos a fruição destes bens, e a um termo ou condição, passar a fruição aos beneficiários seguintes.

Há algumas contradições neste instituto. Uma delas é os awqaf adotarem uma personalidade jurídica num sistema que não reconhece a personalidade ficta. Também há o problema de awqaf ser utilizado para: o nome do instituto, o ato constitutivo e a coisa afetada (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Outra contradição é o instituto não ter surgido de forma precisa no Qoran nem na Sunna, nem mesmo de uma ijma. Mas uma vez aceita, ela é praticada como se fosse lei primária. A explicação poderia

ser encontrada no profundo sentido caritativo do ideal islâmico. E sua origem pode ser regatada em um hadith que descreve quando o profeta aconselha Omar a imobilizar algumas terras que deviam ser consagradas a Deus. Mas não há nada preciso com relação ao seu surgimento (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Se de um lado permite a manutenção de orfanatos e hospitais, de outro permite que grupos sociais parasitários ou parasitismo de bens que influem desfavoravelmente na vida social, política e econômica de um país.

### 3.2. Co-propriedade: condomínio

Para se falar de co-propriedade e condomínio, é necessário ressaltar que há um grande interesse do mundo muçulmano pela indivisão dos bens, por ser fonte de união entre as famílias, e resultar em melhor desenvolvimento econômico aos participantes da comunidade. Isso não quer dizer que não exista a repartição, pois cada condômino pode solicitá-la e só se não houver acordo entre as partes haverá a intervenção do qadi. Mas o qadi sempre procurará manter indivisa a propriedade (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Se um dos condôminos vende sua parte do bem ou o todo, os demais condôminos têm o direito de requerer que o qadi declare a retratação da venda, mediante os seguintes institutos: a shuf'a, a safka e o damm.

#### a) *Shuf'a*

A shuf'a é o direito de preferência que o co-proprietário pode exercer colocando-se entre o comprador e o condomínio e pagando os gastos que o comprador teve para adquirir a parte da propriedade (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Isso é possível por que se entende que a introdução de um estranho pode gerar situações inconvenientes dentro do condomínio e da co-propriedade. Também se justifica para evitar o parcelamento excessivo das terras e um possível empobrecimento de todos que

ficarão cada qual com uma parcela reduzida da propriedade. Trata-se de uma expropriação por interesse familiar ou econômico e social (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Este direito é reconhecido apenas às pessoas que tenham interesses vinculados com a propriedade que se venda. Este pode ser exercido por co-proprietários ou por vizinhos, ou pessoas que tenham direito de servidão (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Para exercer este direito, algumas condições devem ser respeitadas: o qadi intervirá apenas se as partes não entrarem em acordo; quem vai exercer a shuf'a deve se manifestar dentro de um determinado período, que varia de dois meses até um ano, para que se produzam os efeitos; este o prazo corre contra menores que tenham tutores; se morre quem tem o direito à shuf'a antes de cumprir o prazo de exercê-la, seus sucessores podem fazê-lo; quem for exercer o direito deve o fazer na totalidade da parte vendida, pois a principal justificativa é não ter estranhos na co-propriedade; ela exige o pagamento imediato ao comprador com o preço mais os gastos, aceitando-se um prazo de três dias para o pagamento integral; a shuf'a só pode exercer-se contra um comprador a título oneroso (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Em todos os casos deve se considerar o interesse familiar e social, o sentido de justiça com relação aos direitos adquiridos, direitos de menores e incapacitados (ESTEVEZ BRASA, 1985).

No direito brasileiro também há o direito de preferência em favor dos demais condôminos. Ele deve ser requerido no prazo de 180 dias da ciência inequívoca da venda, pagando-se o preço pago pelo comprador, sob pena de decadência, conforme artigo 504, CC. Há ainda preferência entre os condôminos, o tendo o que tiver o maior quinhão, o que não há no direito muçulmano.

#### *Efeitos:*

Os principais efeitos dizem respeito a frutos, construções e indenização. Se o comprador perceber frutos durante o período em que estiver com o bem, não precisa reintegrá-los. Se ele tiver construído, não precisa retornar ao estado anterior e deve ser recompensado pelos gastos. O mesmo ocorre se sofrer danos. Quem exerce a shuf'a não pode reclamar indenização alguma (ESTEVEZ BRASA, 1985).

É importante ressaltar que se considera havida a primeira e a segunda venda, reconhecendo-se os efeitos destas. Assim com relação ao direito de evicção não pode quem exerce a *shuf'a* exigí-la do primeiro vendedor, mas do segundo. Isso por que se trata de uma venda forçada e não de uma resolução da primeira venda (ESTEVEZ BRASA, 1985).

*Limites ao instituto:*

Pode-se limitar a utilização deste instituto mediante as seguintes formas de venda: a venda por quantidade desconhecida, na qual o vendedor paga um valor que deve ser completado com outro valor que não é declarado, e esta parte se entrega aos pobres. Assim é impossível pagar o preço certo para exercer a prioridade e a *shuf'a* acaba impedida; o vendedor reserva para si uma parte do bem que vendia. Desta maneira os demais proprietários não poderão despojá-lo de seu próprio direito e a *shuf'a* não se consuma para o comprador, pois ela só se aplica na integralidade do quinhão ideal que pertencer ao primeiro vendedor. Contudo, atualmente há muitas restrições para o exercício do instituto, por resultar em uma grande incerteza jurídica (ESTEVEZ BRASA, 1985).

*b) Safka e damm*

A *safka* se dá com a venda de uma coisa alheia que se produz quando um co-proprietário vende a integralidade do bem que tem em comum com os demais, ou seja, cede os seus direitos e os dos outros também. Em regra é proibida, sendo permitida quando os condôminos estão neste estado por causas comuns: herança e venda. Assim, se todos adquirem de forma comum a coisa indivisa, cada um está autorizado a vendê-la. Esta possibilidade não é permitida no direito brasileiro, sem o consentimento dos outros condôminos (ESTEVEZ BRASA, 1985).

Mas se os demais co-proprietários não aceitam a decisão, eles podem exercer o *damm*, que resulta em expropriar do adquirente o bem, reembolsando-o dos gastos, e repartir entre os demais a parte do vendedor. Neste caso o adquirente não tem direito aos frutos que possa haver percebido (ESTEVEZ BRASA, 1985).

### 3.3. Utilidades e garantias

No presente trabalho as utilidades e garantias do direito muçulmano, que serão estudadas, são o usufruto, a servidão, a retenção e os privilégios.

#### *a) Usufruto, uso e habitação: direito ao gozo de uma coisa*

No direito muçulmano o usufruto não termina pelo não uso, pois não se aceita a perda de um direito pelo simples transcurso do tempo (ESTEVEZ BRASA, 1985). Ele é considerado uma espécie de propriedade e não, como no direito brasileiro, um direito sobre coisa alheia.

As obrigações do usufrutuário são suportar os gastos para a manutenção do bem, os próprios da coisa e o pagamento dos impostos (ESTEVEZ BRASA, 1985). No direito brasileiro o usufrutuário não é obrigado a pagar as deteriorações resultantes do exercício regular do usufruto, conforme artigo 1402, CCB. Mas ele deve conservar o bem no estado em que o recebeu e arcar com as prestações e tributos devidos pela posse ou rendimento da coisa usufruída.

No direito muçulmano, em alguns casos restritos, é possível dispor de seu direito de usufrutuário e cedê-lo (ESTEVEZ BRASA, 1985). No direito brasileiro não se pode alienar este direito, mas ceder o seu exercício, a título gratuito ou oneroso, conforme o artigo 1393, CCB.

Para o usufrutuário arrendar há terra há limitação, pois o nu proprietário pode enfrentar problemas de longas locações da terra, inclusive com a perda da posse desta. Também não se pode mudar o destino do bem (ESTEVEZ BRASA, 1985).

No direito muçulmano o nu proprietário não tem outra obrigação que entregar a coisa para o usufrutuário (ESTEVEZ BRASA, 1985). No direito brasileiro o proprietário tem a obrigação de fazer as reparações extraordinárias e as que não forem de custo módicos, sendo entendidas como as que passarem de dois terços do rendimento líquido de um ano, conforme artigo 1404, CCB.

*b) Servidões: obrigação de vizinhança*

No caso das servidões deve imperar a necessidade de respeitar os direitos de cada um, causando o menor prejuízo possível. Em regra as servidões são instituídas por lei, mas também podem ser convencionadas (ESTEVEZ BRASA, 1985). No direito brasileiro a servidão predial é constituída de forma convencional, conforme artigo 1378, CCB, mediante acordo entre as partes, ou em juízo. E pode-se inclusive pedir usucapião desta decorridos 10 anos com título e 20 sem título, conforme artigo 1379, CCB. Mas o dono do prédio serviente não poderá embaraçar o exercício legítimo da servidão, conforme artigo 1383, CCB. E ela deve ser registrada no registro de imóveis.

Há vários tipos de servidões no direito muçulmano: o direito do vizinho entrar na propriedade do outro em caso de recolher frutos das árvores de sua propriedade; o direito do proprietário de uma árvore plantada em um terreno alheio à propriedade da terra circulante necessária para a nutrição da planta; o proprietário que não tem saída para uma via pública e passa pela propriedade de outros, devendo efetuar o trajeto mais direito e menos danoso (ESTEVEZ BRASA, 1985). No direito brasileiro, conforme artigo 1285, CCB, assegura-se ao proprietário do prédio que se achar encravado, sem acesso à via pública, constranger o vizinho a dar passagem, mas mediante pagamento de indenização.

Há ainda no direito muçulmano a passagem para boiada, cuidando para não causar dano aos frutos das colheitas das terras que atravessam. E com relação à água, o vizinho de baixo não tem a obrigação de receber as águas que descem do vizinho de cima (ESTEVEZ BRASA, 1985).

No direito brasileiro o não uso por dez anos extingue a servidão, conforme artigo 1389, CCB. No direito muçulmano isso não parece ser possível, pois sempre há um direito de utilizar-se da servidão caso esta seja necessária (ESTEVEZ BRASA, 1985).

*c) Direito de retenção*

A concepção muçulmana é bastante mais rígida quando às limitações que opõe ao exercício do direito de retenção por quem o pretende. Pode reter o bem quem o detém e é credor do proprietário deste, tendo esta faculdade de retê-lo até que o débito seja pago. Este direito é reconhecido: para o comprador sujeito do direito de *shuf'a*; para o vendedor e comprador que não tenha pago o preço da coisa, ou que a venda tenha resultado sem efeito e não tenha restituído o que foi pago; para o usufrutuário que tenha melhorado a propriedade; para o possuidor que tenha construído ou plantado na propriedade de outro; para o credor anticresista, sobre o bem entregue para sua anticrese, até que não pague totalmente seu crédito (ESTEVEZ BRASA, 1985). No direito brasileiro o credor anticrético também tem o direito de reter o bem enquanto a dívida não foi paga, conforme artigo 1423, CCB.

*d) Privilégios*

O direito muçulmano concebe o direito de privilégio, ou seja, o direito de um credor a ser pago com preferência em relação aos outros, seja sobre o conjunto de bens do devedor, seja sobre algum bem determinado. Existem os privilégios gerais, que são os gastos com funerais e suplantam a todos os demais. Também há os privilégios especiais, que são da mulher e dos filhos menores para o pagamento de alimentos, embora nem todas as escolas reconheçam estes. Estes também têm privilégios especiais: o credor anticresista, o credor do penhor, o transportador sobre os objetos transportados, o obreiro sobre a obra que tenha produzido ou melhorado. Não há hipoteca no direito muçulmano (ESTEVEZ BRASA, 1985).

No direito brasileiro o credor de garantias reais, tais como penhor, hipoteca e anticrese, tem o direito de preferência no pagamento, a outros credores, com relação aos bens que foram dados em garantia, conforme artigo 1422, CCB. Mas as dívidas que devem ser pagas primeiramente em virtude de outras leis, como a ainda vigente lei de falências, preferem estas garantias.

## Conclusão

A observância da equidade como guia, as limitações ao usucapião e o apoio ao merecimento pelo trabalho permitem afirmar que a concepção de propriedade do Islã persegue a bonificação do homem. A necessidade de ceder a este pressuposto, frente a uma urgência de utilidade pública permissiva de expropriação não significa outra coisa que a afirmação da vigência da Comunidade Muçulmana e da fiel submissão que a ela devem seus filhos.

O objetivo deste trabalho era, de maneira bastante singela, apresentar um pouco do que é o direito muçulmano, quais as suas origens, seus fundamentos, suas fontes. Também o era apresentar um ramo específico do direito, o direito real, com a finalidade de buscar compreender o que significa a propriedade para o direito muçulmano e exemplificar trazendo alguns institutos que permeiam este direito.

Por fim, buscou-se de modo simples comparar alguns institutos do direito muçulmano com o direito brasileiro, com a finalidade de demonstrar que, embora com 'illa, ou razão do direito, seja muito diferentes em alguns aspectos, há institutos semelhantes e formas semelhantes de se resolver possíveis casos concretos.

O fim buscado não é exaurir o assunto ou discutir convergências e divergências doutrinárias, mas conhecer. Em tempos globais deve-se conhecer o que aparentemente está distante, deve-se buscar compreender a razão do diferente, pois conhecer é o primeiro passo para compreender e aprender a respeitar. E sem respeito não há justiça e não há direito.

## Referências bibliográficas

LE SAINT CORAN. *Tradução para o Francês por Dar Albouraq. Beyrouth-Liban: Dar Albouraq, 2008.*

BADR, Gamal Moursi. *La relance du droit islamique dans la jurisprudence algérienne depuis 1962.* Revue internationale de droit compare. ano 21, n. 1, p. 43-54. jan./mar. 1970.

CARICCHIO, José Renato. *O direito muçulmano. Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 15, p. 74-82. 1993.

D'EMILIA, Antonio. Per una comparazione fra diritto bizantino e muçulmano in materia possessória. In: *Stude in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*. Napoli: Jovene, s.d., p. 391-413.

DAVID, René. *Lês grands systèmes de droit contemporains*. 11 ed. Paris: Dalloz, 2002. p. 349-372.

ESTEVEZ BRASA, Teresa M. *Derecho civil musulman, precedido de una introducion al advenimento del Islan*. Buenos Aires: Depalma, 1981. 630 p.

GOMES, Orlando. *Direito Reais*. Rio de Janeiro : Forense, 2000. 436 p.

PANSIER, Frédéric-Jérôme; GUELLATY, Karim. *Le droit musulman*. Que sais-je, Paris: PUF, 2000. 127 p.

SHACHT, Joseph. *An introduction to Islamic Law*. Oxford: Clarendon, 1975, 304 p.

SILVA, Justino Adriano F. da. *Introdução ao direito muçulmano*. Revista Estados Jurídicos – UNISINOS. São Leopoldo, v. 23, n. 62, p. 87-98. 1991

**Recebido em:** outubro 2011

**Aprovado em:** novembro 2011

## ESPAÇO LOCAL, CIDADANIA E INCLUSÃO SOCIAL: PERSPECTIVAS A PARTIR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS

### *LOCAL AREA, CITIZENSHIP AND SOCIAL INCLUSION: PERSPECTIVES FROM PUBLIC POLICY EDUCATION*

*Marli Marlene Moraes da Costa\**  
*Suzéte da Silva Reis\*\**

**Resumo:** O presente estudo visa à reflexão acerca da cidadania e da inclusão social através da implementação de políticas públicas educacionais no espaço local. Para tanto, a política pública educacional vem assumida como pressuposto para o desenvolvimento pleno da cidadania e a inclusão social, mostrando-se imprescindível para a consolidação do modelo de Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** cidadania; inclusão social; educação; políticas públicas.

\* Pós-doutorada em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha, com bolsa CAPES. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Coordenadora do Grupo de Estudos “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” da UNISC. Professora da Graduação em Direito na FEMA - Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa. Psicóloga com especialização em terapia familiar. Coordenadora dos Projetos de Pesquisa: “O Direito à Profissionalização e as Políticas Públicas da Juventude na Agenda Pública: desafios e alternativas para a inserção dos jovens no mercado de trabalho - um estudo no município de Santa Cruz do Sul - RS.” e “O Brincar e a Construção da Cidadania nas Escolas: uma releitura do Estatuto da Criança e do Adolescente”. Email: <marlicosta15@yahoo.com.br>.

\*\* Mestranda em Direito e Membro do Grupo de Pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz – UNISC. Bolsista da CAPES. Advogada. Especialista em Direito do Trabalho, Previdenciário e Processo do Trabalho. E-mail: <suzyreis@yahoo.com.br>.

## Introdução

O presente trabalho tem por objetivo estabelecer pontos de reflexão acerca da cidadania e da inclusão social a partir da implementação de políticas públicas educacionais no âmbito local. Acredita-se que o espaço local, em razão das suas peculiaridades e da sua conformação geográfica, aliados ao estoque de capital social, se configura como *locus* para o exercício pleno da cidadania. Do mesmo modo, as ações voltadas à inclusão social encontram melhores perspectivas de êxito no âmbito local. Ademais, o trabalho pretende debater a importância das políticas públicas educacionais enquanto pressupostos da cidadania e da inclusão social, visto que a educação é a política pública mais eficaz no combate à exclusão social e para a emancipação do sujeito. Desse modo, a contribuição da educação para a consolidação do modelo de Estado Democrático de Direito é imprescindível, da mesma forma que é essencial para a garantia dos direitos fundamentais do homem.

As discussões sobre a inclusão social e a cidadania não são recentes e, a despeito do enfoque a partir dos quais são analisadas, continuam sendo tema um recorrente. Contemporaneamente observa-se que, cada vez mais, é primordial a elaboração de políticas públicas que as promovam. Tal afirmação encontra sustentação na normativa constitucional que elenca a cidadania como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A inclusão social, por sua vez, é condição essencial para assegurar tanto a cidadania quanto os demais direitos fundamentais do homem, observando-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

Todos os esforços devem se voltar, portanto, para a consecução e fortalecimento da cidadania, a partir das políticas públicas que promovam a inclusão social. Por outro lado, acredita-se que a educação se configura como a política pública mais eficaz para alcançar tais objetivos.

E é a partir desse enfoque que o presente trabalho pretende discutir o papel das políticas públicas educacionais, partindo do pressuposto de que é no âmbito local que as mesmas encontram as condições propícias para se desenvolverem.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 assegurou aos municípios maior autonomia, o que representa um avanço importante. A partir de então o Governo Municipal deixa de estar subordinado a qualquer autoridade estadual ou federal no desempenho de suas atribuições exclusivas. Do mesmo modo, possibilitou que as leis municipais sobre qualquer assunto de competência expressa e exclusiva do Município, prevaleçam sobre a estadual e a federal. O interesse local é o critério a ser empregado e se refere àqueles interesses que dizem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos nos demais entes federados.

Neste sentido, entende-se que o âmbito municipal se constitui no espaço profícuo para que as políticas públicas educacionais sejam efetivadas e alcancem melhores resultados, seja em razão da proximidade geográfica, seja em decorrência do conhecimento dos reais problemas e necessidades existentes, seja em razão da possibilidade concreta de participação social e, em decorrência, do maior comprometimento da sociedade civil para com o enfrentamento dos problemas que se apresentam.

No que concerne à educação, refere-se que o tratamento dispensado à mesma pela Constituição Federal, reconhecendo-a como um direito social fundamental que deve ser prestado pelo Estado, adquire novos contornos, destacando a relevância da mesma para a conquista da cidadania e da dignidade da pessoa humana, essenciais à existência humana. Não se pode perder de perspectiva que a educação é condição essencial para garantir o exercício pleno da cidadania e assegurar o respeito aos direitos fundamentais do cidadão, promovendo a inclusão social.

No Brasil, especialmente durante a década de 90, foram introduzidas mudanças significativas no sistema de ensino. Dentre elas, destacam-se aquelas ocorridas na administração dos sistemas de ensino nos diferentes âmbitos (federal, estadual e municipal) que objetivavam dar conta das demandas, através da descentralização e dos projetos de gestão democrática. Essa flexibilização permitiu que os municípios passassem a ter maior autonomia no tocante à organização e gestão do seu sistema de ensino, desde que observadas as normativas estaduais e nacionais.

As políticas públicas educacionais locais podem, então, voltar-se para o atendimento dos cidadãos, visando oferecer-lhes uma educação de qualidade e em consonância com os princípios consagrados pelo texto constitucional pátrio. É a partir dessa educação que se vislumbra a perspectiva de exercício pleno da cidadania. Do mesmo modo, a partir da educação, aumentam e abrem-se novas perspectivas para a inclusão social.

## 1. Cidadania e inclusão social: algumas reflexões sobre sua conceituação

A cidadania é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme preceitua o artigo 1º da Carta Constitucional e como tal necessita ser efetivada, sob pena de comprometimento do modelo de Estado que se pretende ver consolidado.

Partimos do pressuposto de que a cidadania, enquanto qualidade do cidadão e no contexto atual, não pode ser definida como universal, haja vista que se é cidadão de um Estado específico do qual são exigidos estes direitos de cidadania. Desse modo, a cidadania está muito próxima do nacionalismo, já que a sua aquisição se dá a partir do conceito de nacionalidade, que é um conceito jurídico<sup>1</sup>. Como defende Péces-Barba, *“la expresión de la ciudadanía, la participación en la formación de la voluntad general, el ejercicio de la soberanía, se sigue reservando a los ciudadanos de pleno derecho, a los ciudadanos estatales”*<sup>2</sup>. Deste modo, a tutela dos direitos de cidadania cabe ao Estado.

Por outro lado, é imperioso reconhecer que a acepção de cidadania ultrapassa conceitos primígenos, assim como as ultrapassadas concepções doutrinárias e engessadas. O conceito de cidadania

---

1 GORCZEWSKI, Clóvis (org.). *Direitos humanos, educação e cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 14.

2 PECES-BARBA, Gregógio. *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos*. Madrid: Espasa Calpe, 2007, p. 22.

precisa ser visto e revisto sistematicamente, dado o seu caráter de processo em constante construção e reconstrução. Nesse viés, a cidadania “pode ser qualquer atitude cotidiana que implique a manifestação de uma consciência de pertinência e de responsabilidade coletiva”<sup>3</sup>.

A concepção de cidadania, apesar de diferir em muito da concepção que se tinha em suas origens na Antiguidade, continua associada à ideia que pressupõe um vínculo entre a pessoa e o Estado. Historicamente, essa relação persistiu e os direitos de cidadania vinculam-se a um Estado nacional, apesar de haver já há algum tempo discussões sobre uma cidadania global. A corrente majoritária, porém, permanece adepta da concepção de cidadania vinculada a um Estado determinado.

Desde seus primórdios, o conceito de cidadania encontra-se ligado a ideia de Estado nacional. Como ensina Fustel de Coulanges, cidadão era aquele que participava do culto da cidade, o que lhe garantia os direitos civis e políticos. O atributo essencial da cidadania relacionava-se a ideia de um homem que segue a religião da sua cidade, honra seus deuses, oferece sacrifícios, tem o direito de aproximar-se dos altares e de penetrar nos recintos sagrados onde as assembléias eram realizadas. A proteção dos deuses restringia-se aos cidadãos, enquanto isso os estrangeiros eram excluídos e não tinham qualquer direito de invocá-los<sup>4</sup>.

Também em Roma e em Atenas a distinção entre cidadãos e estrangeiros era acentuada, impedindo, por exemplo, que os últimos pudessem ser proprietários. Além disso, não podiam casar e, se o fizessem, o casamento não era reconhecido. Da mesma forma, se um cidadão tivesse um filho com uma estrangeira, este era considerado bastardo. Até mesmo os escravos recebiam um tratamento melhor que os estrangeiros<sup>5</sup>.

Tão intensa era a importância da cidadania que a punição para uma falta cometida pelo cidadão era justamente a perda da quali-

3 PINSKY, Jaime. *Cidadania e educação*. São Paulo: Contexto, 2005, p. 19.

4 FUSTEL DE COULANGES. *A cidade antiga*. Trad. Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

5 Idem, p. 256.

dade de cidadão, ficando privado da religião, da participação nos tribunais e assembléias. Ao deixar de ser cidadão perdia a proteção das leis da cidade. Enfim, perdia todos os direitos políticos, a religião e os direitos civis<sup>6</sup>.

Para Martín, apesar de as raízes da cidadania remontarem à Grécia e Roma, o conceito atual de cidadão provém dos séculos XVII e XVIII, leia-se Revolução Francesa, Inglesa, Americana e do movimento capitalista. Conforme a autora, a noção de cidadania “ao longo da história, tem designado um privilégio, uma entidade excludente. Pouco a pouco vem desligando-se da vinculação da desigualdade, mas não tem conseguido em sua totalidade”<sup>7</sup>.

Todavia, apesar das transformações que essa acepção sofreu ao longo da história, continua muito forte a ideia de que a cidadania garante direitos e protege o cidadão. Neste sentido, Martín traz uma contribuição importante:

Por fim, o que nos faz cidadãos? Conforme a etimologia deveria responder: pertencer a uma cidade. “Cidade” significa uma coletividade de indivíduos organizada segundo determinadas crenças, normas e procedimentos que condicionam a ação comum e as ações individuais para enfrentar problemas e resolver conflitos: o espaço ou a esfera pública. Por sua vez, estas crenças, normas e procedimentos distribuem bens intangíveis, como hierarquia, autoridade e poder e também promovem a distribuição de outros bens tangíveis como a riqueza, a renda ou a propriedade<sup>8</sup>.

O pertencimento a uma cidade implica numa situação ativa, através da ação do cidadão, modificando e alterando normas e procedimentos. Como enfatiza Martín: o cidadão se faz fazendo sua cidade<sup>9</sup>, ou seja, o cidadão é aquele que pertence e que tem participação ativa na tomada de decisão quanto ao destino da sua cidade.

Todavia, apesar do seu caráter dinâmico, o conceito de cidadania não perdeu esse traço distintivo e contemporaneamente conti-

---

6 Idem, p. 256.

7 MARTÍN, Núria Belloso. *Os novos desafios da cidadania*. Trad. Clóvis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p.30.

8 MARTÍN, *op. cit.*, p.21.

9 Idem, p.21.

nua a prevalecer a ideia de que cidadão é aquele que está inserido no contexto social, que tem direitos e deveres fundamentais para e com a sociedade na qual está inserido.

E nesse sentido, conforme leciona Herkenhoff, a evolução da cidadania no Brasil está intimamente associada à evolução constitucional, mesmo apesar de não haver “uma perfeita correspondência entre vigência de direitos, nas Constituições, e vigência de direitos, no cotidiano do povo”<sup>10</sup>. Ainda, o autor lembra que cada Constituição conferiu à cidadania maior ou menor importância, de acordo com o momento histórico e a concepção de Estado vigente a cada época<sup>11</sup>, destacando que a atual Carta Constitucional, já no seu art. 1º, inciso II, a cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito.

A amplitude do conceito de cidadania abriga uma infinidade de possíveis interpretações. Partindo da concepção clássica de cidadania defendida por Marshall, tem-se que ela representa “um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*”<sup>12</sup> e assim devem ser tratados.

Seguindo numa linha semelhante, Pécès-Barba define a cidadania como sendo o posto que a pessoa ocupa em determinada sociedade e que é representado pelo vínculo que une a pessoa a um Estado. Avança na conceituação de cidadania, relacionando-a com a democracia:

Ciudadanía y democracia son dos términos que van irremediabilmente unidos. La democracia es el único sistema político donde los ciudadanos juegan un papel determinante en la creación y mantenimiento de sus instituciones y formas de gobierno. No hay verdadera democracia sin suficiente participación de los ciudadanos, ni los individuos son considerados ciudadanos si no es un régimen democrático. La historia de las organizaciones políticas, pero sobre todo la historia del Estado moderno (del Estado absoluto al Estado democrático constitucional) es la historia

10 HERKENHOFF, João Batista. *Como funciona a cidadania*. Manaus: Valer, 2001, p. 62.

11 Nesse sentido, é importante a obra de João Baptista Herkenhoff, onde o autor aborda em capítulos distintos o modo como a cidadania aparece em cada uma das Constituições Brasileiras, iniciando na Constituição Imperial até chegar à Constituição Federal de 1988.

12 MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 76.

de los grupos humanos, de los hombres y mujeres, para desembarazarse del papel de súbditos y asumir el de ciudadano. La ciudadanía es la vinculación más fuerte que existe entre los habitantes pertenecientes a un Estado y el propio Estado. La ciudadanía expresa, mejor que cualquier otra noción, la pertenencia real y completa de los seres humanos a una comunidad política determinada. [...] Ser ciudadano significa poder ejercer con garantías jurídica y política una serie de derechos humanos básicos y fundamentales y tener ciertos deberes políticos y jurídicos<sup>13</sup>.

Percebe-se que o exercício da cidadania, portanto, implica no exercício das garantias jurídicas e políticas fundamentais, assim como importa em deveres políticos e jurídicos para com a sociedade da qual faz parte.

Do mesmo modo, Dallari refere que a cidadania “expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo”<sup>14</sup>. Entretanto, o autor alerta que aqueles que não conseguem exercer a sua cidadania acabam por ficar marginalizados ou excluídos.

Assim, pode-se dizer que o conteúdo do conceito de cidadania é vasto e abriga um conjunto de direitos e garantias fundamentais, interligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O fortalecimento da cidadania implica, portanto, na implementação de políticas públicas que tenham o condão de promover o seu exercício pleno. Nesse sentido, as políticas públicas educacionais apresentam-se como as mais eficazes no combate à exclusão social e ao desenvolvimento pleno do homem, bem como o preparo para o exercício de sua cidadania e formação para o trabalho, conforme dispõe o texto constitucional.

Acredita-se, ainda, que as políticas locais são ainda mais eficazes, por estarem mais próximas dos cidadãos e, por outro lado, por permitirem a participação do Estado, da sociedade e da família de modo mais efetivo, responsabilizando-se pela implementação de uma educação de qualidade e em sintonia com os objetivos constitucionais que assegurem a cidadania e a dignidade humana.

13 PÉCES-BARBA, *op. cit.*, p. 311.

14 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

## 2. A necessidade de implementação de políticas públicas educacionais locais para assegurar a cidadania e a inclusão social

Como já referido inicialmente, os municípios dispõem, atualmente, de maior autonomia para a execução de ações voltadas para o atendimento do interesse local. A Constituição Federal de 1988, especialmente a partir da descentralização político-administrativa<sup>15</sup> por ela promovida, passou a ter maior autonomia para tratar as questões de interesse dos seus habitantes, a partir das atribuições que lhe foram conferidas pelo texto constitucional e demais normas infraconstitucional. Especificamente o art. 30, inciso I, que trata das competências do Município, autoriza esse ente federado a legislar sobre assuntos de interesse local.

Além da competência exclusiva para legislar sobre esses assuntos, o município possui também competências cumulativas e, em diversos casos, a possibilidade do exercício da competência constitucional suplementar. Mas é no conjunto de atribuições constitucionais exclusivas ou privativas do Município que se encontram algumas discussões doutrinárias de extremo interesse, para que se definam quais são as atividades que competem constitucionalmente ao Município, bem como se verifiquem os limites encontrados para sua consolidação<sup>16</sup>.

Na hipótese de configuração das competências constitucionais dos Municípios, a Carta Magna brasileira consagra expressão vaga que gera debates na doutrina e jurisprudência, tendo em vista a extensão da idéia de interesse local, prevista no art. 30, inciso I, e que se constitui

15 Ao adotar modelos descentralizados de gestão pública atribui-se aos entes federativos menores autonomia administrativa, política e financeira, o que traz mais eficiência, agilidade e responsabilidade à gestão pública, com graus maiores de comprometimento das esferas administrativas privilegiadas com a descentralização. Esse mecanismo, embora de maior complexidade no que tange à estrutura administrativa, permite “a simplificação e a aceleração dos procedimentos e decisões administrativas”. Cf. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 46-47.

16 Importante é esclarecer que, apesar dos avanços verificados em sede constitucional, existem diversos aspectos a serem observados, especialmente em função de um histórico extremamente centralizador da federação brasileira.

no vetor que define a atuação do Município. É justamente por isso que as discussões sobre a extensão desse conceito merecem absoluto destaque, especialmente no que tange à exigência ou não de exclusividade do Município nos assuntos de interesse local.

Nesse sentido, há de se destacar a percepção de que o interesse local significa um conjunto de atribuições em que prevalece a atuação do Município<sup>17</sup>, apesar de indiretamente refletir nas demais esferas, haja vista que a população do Município também é do Estado e da União Federal, ter-se-á uma abordagem ampliada das competências municipais. Caso contrário, estaria extremamente restrita a possibilidade de atuação do Município, adstrita apenas aos assuntos que fossem exclusivamente de interesse local, sem qualquer reflexo nos demais espaços de gestão territorial<sup>18</sup>.

Certamente não é essa última a melhor interpretação do pacto federativo brasileiro que, ao contrário, reúne um conjunto principiológico a ser concretizado e que justamente vem ao encontro de uma estruturação mais descentralizada e democrática do Estado, capaz de qualificar a relação dos entes públicos com os atores da sociedade civil, elementos fundamentais para uma nova articulação política compatível com o espaço social-democrata. Diante disso, deve ser avalizado o entendimento de que o interesse local como requisito para a definição das políticas de competência do Município refere-se aos assuntos em que predomina tal característica, sem que haja exclusividade, de forma que a atividade do Município vai refletir, ainda que indiretamente, nas demais esferas da Federação<sup>19</sup>.

17 BAGO, Josep Mir I. *El sistema español de competencias locales*. Madrid: Marcial Pons, 1991, p. 271. Na Espanha, verifica-se a adoção do critério de competências preponderantemente locais, não se exigindo a exclusividade municipal para assuntos de suposta natureza local, sendo esta última perspectiva já superada naquele ordenamento, como se observa nas afirmações de Bago, amparadas na Jurisprudência do Tribunal Constitucional daquele País: “La idea de las competencias municipales exclusivas sobre asuntos de supuesta naturaleza local, la sabemos abandonada con la del carácter natural de los municipios, siendo sustituida por la más extendida de la compartición de las competencias públicas y el correspondiente derecho de los entes locales a participar en la gestión de los asuntos públicos que les afecten”.

18 Este critério de exclusividade para configurar o interesse local é verificado no ordenamento jurídico italiano, conforme se depreende do art. 118 da Constituição, em que se observa a referência expressa a este requisito.

19 Essa é a posição de Almeida, quando, após analisar entendimentos distintos, ressalta: “Acreditamos, portanto, que acabará prevalecendo, por mais consentâneo com a realidade das coisas, o entendimento de que as competências próprias dos Municípios são as relativas aos assuntos de predominante interesse local” (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.116).

Nessa ótica, considerando como princípio basilar do federalismo brasileiro a idéia de descentralização, da qual decorre diretamente a noção de subsidiariedade, a maior parte das ações públicas deveria ser considerada interesse local, sendo excepcional a existência de políticas com coordenação das esferas mais abrangentes da Federação. Portanto, o caráter indeterminado da noção de interesse local que, conforme se verificou, se constitui no elemento definidor das competências municipais, pode também servir para uma abordagem compatível com o citado movimento de resistência constitucional, desde que haja um novo compromisso hermenêutico.

A descentralização possibilitou a aproximação dos governos locais com os cidadãos e, a partir do conhecimento mais consistente das necessidades locais, a destinação de recursos para atender a essas demandas<sup>20</sup>. Essa aproximação do Estado com os cidadãos aumenta a sensibilidade dos poderes estatais frente “às necessidades, expectativas e comandos da população”<sup>21</sup> o que, por outro lado, possibilita maior controle das decisões administrativas por parte dos cidadãos.

A importância da descentralização e da valorização do espaço local encontra amparo na afirmação de Jovchevovitch:

Cada município, ainda que diverso, precisa ser visto como único. Peculiares, e somente suas, são sua história política, sua geografia, sua atividade sócio-econômica, sua população. Reconhecer o múltiplo e o único, o local e o diverso nos municípios brasileiros é condição essencial para que possamos nos debruçar sobre o processo de descentralização e municipalização no Brasil. Acrescente-se a isso o fato de que, dos 5.508 municípios brasileiros, cerca de 4.077 têm até 20 mil habitantes. Entender a realidade dessas pequenas localidades e seus determinantes históricos e políticos torna-se imperativo na discussão da municipalização<sup>22</sup>.

20 GOHN, Maria da Glória. *Educação não-formal e cultura política*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 31.

21 MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 47.

22 JOVCHELOVITCH, Marlova. *O processo de descentralização e municipalização no Brasil*. In: *Políticas Públicas municipais de proteção integral à crianças e adolescentes*. Caderno Prefeito Criança. Fundação Abrinq, p. 31. Disponível em: <[www.dominiopublico.org.br](http://www.dominiopublico.org.br)>. Acesso em 01 abr 2010.

Seguindo na mesma perspectiva, a autora refere ainda que a democracia “só chegará plenamente à vida de nossos cidadãos quando o exercício democrático acontecer no cotidiano da vida pública desses mesmos cidadãos, quer dizer, na vida pública municipal<sup>23</sup>”, pois é na esfera local que o cidadão pode se expressar, abandonando a condição de usuário dos serviços ofertados pelo Estado e passando a desempenhar o papel de ator social ativo e participativo. É no espaço do município que o cidadão nasce, vive, constrói sua história. É no município que o cidadão fiscaliza e exercita o controle social<sup>24</sup>.

Em linhas gerais, pode-se dizer que a partir da descentralização promovida pela Constituição Federal, cabe ao município a ordenação da política em nível local e a execução direta de políticas e programas de atendimento. Contudo, isso não significa dizer que as políticas sociais possam se resumir à ação local.

As políticas públicas educacionais encontram, portanto, no âmbito local, as condições ideais para promoverem os direitos fundamentais do homem, assim como o exercício pleno da sua cidadania.

Por outro lado, é importante ter presente que as políticas públicas, por representarem a atuação do Estado, precisam obrigatoriamente estar em sintonia tanto com os preceitos constitucionais, quanto com os interesses e as necessidades dos cidadãos, sob pena de fracassarem e representarem, tão somente, mais um gasto público. No que tange às políticas educacionais, sabe-se que as mesmas devem ser elaborados tendo-se por base a realidade local, a abrangência e os objetivos a serem alcançados, desde que estejam articuladas e em sintonia com as políticas estaduais e federais e os objetivos que o texto constitucional encerra.

O papel que a educação desempenha é de extrema importância. É a partir da educação que o homem desenvolve as aptidões e as habilidades que lhe possibilitarão o exercício pleno dos seus direitos. Do mesmo modo, é a educação que permitirá a apropriação e a reconstrução dos conhecimentos historicamente construídos e que são indispensáveis para a participação da construção de

---

23 Idem, p. 34.

24 Idem, p. 36.

uma sociedade mais justa e equânime. Enquanto direito de todos, a educação deve ser tratada com seriedade e responsabilidade pelo poder público.

Especificamente tratando da educação para a cidadania, é necessário observar que o seu objetivo é formar cidadãos livres, críticos, responsáveis e comprometidos com a sociedade na qual vivem e da qual fazem parte. Para que isso ocorra, Peces-Barba enfatiza que ela precisa se desenvolver “*de una manera crítica y plural y teniendo como contenidos la cultura política de una sociedad, es decis, los conocimientos, valoraciones y sentimientos de una ciudadanía participativa*”<sup>25</sup>, porque o cidadão que aqui se fala não é um cidadão passivo, mas sim um sujeito atuante e participativo. Assim, a educação para a cidadania é decisiva para o fortalecimento de uma cultura cívica e política, essencial para o sistema democrático.

Conforme Boneti, a educação voltada para a cidadania não pode se restringir ao procedimento burocrático de matrícula. Deve, igualmente, assegurar o acesso de todas as pessoas ao saber socialmente construído e ao desenvolvimento das habilidades profissionais:

Então, falar em Inclusão como resgate da cidadania, significa falar na busca da plenitude dos direitos sociais, da assistência social, da participação da pessoa em todos os aspectos da sociedade. A ação educativa, assim, seria “inclusiva” na medida em que proporciona a participação integral da pessoa na sociedade, sobretudo no sentido de fornecer elementos de autonomia individual, como é o caso da apropriação aos saberes para o trabalho, aos saberes culturais etc.<sup>26</sup>

A inclusão social, partindo da leitura de Boneti, implica no reconhecimento de que a educação deve proporcionar a todos as condições de participação integral na sociedade. Diante disso, é crucial lutar por uma educação de qualidade, capaz de possibilitar ao sujeito a assimilação e a (re) construção dos saberes necessários para o acesso ao mundo das informações, tecnologia e trabalho, permitindo a sua emancipação enquanto sujeito.

25 PECES-BARBA, *op. cit.*, p. 311.

26 BONETI, Lindomar Wessler. *Vicissitudes da educação inclusiva*, p. 19. In: <<http://www.anped.org.br/reuniões/27/gt11/t1110>>. Acesso em 19 de abril de 2010.

A cidadania exige a participação dos sujeitos na construção do modelo de sociedade que se pretende alcançar, conforme enfatiza Naval:

No hay ciudadanía, y por tanto no hay civilización, si no hay antes un yo, un sujeto personal, con toda la imponentia que esto supone. En este sentido, una educación para la ciudadanía comienza con la educación como tal, es decir, con el esfuerzo por hacer surgir en una persona su libertad, el conjunto de sus exigencias más radicales, las preguntas más propiamente humanas. [...] Una sociedad libre, abierta, no sólo pasivamente tolerante sino curiosa y tensa a un diálogo con lo diferente, rica en creatividad y en capacidad asociativa, no es el fruto de una educación moralista encaminada a reforzar el consenso en torno a la Ley y el Estado, sino el fruto de una educación que despierta la pregunta por el significado de la realidad e introduce a los jóvenes en una hipótesis de respuesta. Es de aquí desde donde puede plantearse una educación para la ciudadanía, donde esta expresión tenga un peso real y positivo para los jóvenes, para la sociedad y también para el Estado<sup>27</sup>.

A participação dos sujeitos implica, necessariamente, no reconhecimento da importância do seu papel na construção de uma sociedade justa e equânime. E para isso o sujeito precisa conhecer os direitos e os deveres que lhe são inerentes enquanto cidadão, o que, a partir da educação, é possível ocorrer.

O exercício da cidadania exige que o cidadão, além da participação nos processos decisórios, se comprometa para com a execução das políticas, projetos e ações fruto das deliberações das quais participou. A cidadania, assim como a vida, não é estática. Os direitos são frutos de lutas e movimentos sociais que foram sendo travados ao longo da história. Quanto maior a capacidade de organização de um povo, maiores serão as reivindicações que serão feitas e maiores serão as chances de as mesmas serem atendidas.

A educação, neste contexto, exerce papel fundamental, porque é ela que possibilita, ou não, que o sujeito compreenda melhor o mundo que o rodeia e as relações que se estabelecem no âmbito social, bem como tenha certeza da força que ele possui quando se integra com os demais membros da sua comunidade.

27 NAVAL, Concepción; HERRERO, Montserrat (Eds.). *Educación y ciudadanía en una sociedad democrática*. Madrid, España: Ediciones Encuentro, 2006, p. 13.

Segundo o entendimento de Peces-Barba, a educação cumpre, de modo geral, uma função de coesão e integração e a educação para a cidadania, de modo especial, é “*imprescindible para el buen funcionamiento de un sistema democrático*”<sup>28</sup>. Entretanto, o autor ressalta que é impossível associar a educação para a cidadania com qualquer tipo de relativismo ou de subjetivismo, em razão do seu caráter pluralista. Nesse sentido, requer o respeito aos limites, valores, direitos e deveres que são consequência da observância ao respeito da dignidade da pessoa humana.

A despeito de a educação ser um dos mais importantes mecanismos para a construção da cidadania e do seu caráter essencial para a consagração e concretização dos direitos fundamentais que possibilitam a inserção do indivíduo na sociedade, Martins<sup>29</sup> entende que o princípio constitucional de escola para todos ainda não foi integralmente cumprido. Segundo a autora, a educação se define como sendo o “instrumento social básico que possibilita ao indivíduo a transposição da marginalidade para a materialidade da cidadania”<sup>30</sup>.

Assim, entende-se que sem educação não é possível pensar em cidadania e, muito particularmente em uma cidadania ativa. Martins enfatiza que a conquista da cidadania somente é possível a partir da educação, entendida no seu sentido mais amplo, que significa a “prática de vida em todas as instâncias do convívio social dos indivíduos: na família, na escola, na igreja, no conjunto da sociedade”<sup>31</sup>:

A política educacional é um exemplo de como o Estado procura produzir uma aparência de igualdade de oportunidades e neutralidade, quando elas estão ligadas no movimento de uma economia regulada pelo lucro. O Estado surge de uma relação de iguais, como se emanasse da vontade e dos interesses individuais e não de classe, como poder materializado no direito e nas instituições, constituído por todos os sujei-

28 PECES-BARBA, *op. cit.*, p. 311.

29 MARTINS, Rosilda Baron. *Educação para a cidadania: o projeto político-pedagógico como elemento articulador*. In: VEIGA, Ilma P. A.; RESENDE, Lúcia Maria G.de (orgs.) *Escola: espaço do projeto político-pedagógico*. Campinas: Papirus 1998.

30 *Idem*, p. 50.

31 *Idem*, p. 50.

tos sociais, indistintamente. Apresentando-se como elemento neutro, benfeitor/protetor das classes sociais, passa a ser a garantia do trabalhador assalariado e não apenas da burguesia<sup>32</sup>.

Porém, sabe-se que nem sempre todas as pessoas possuem as mesmas condições de acesso e de permanência na escola. Mais ainda, nem sempre a educação contempla uma qualidade de excelência. Desse modo, muitas vezes, sob o manto aparente de promoção da igualdade, o que acontece é exatamente o contrário. A partir disso, cria-se um abismo imenso e praticamente intransponível entre alunos de diferentes regiões do país, de diferentes patamares econômicos, de diferentes crenças, entre outros, o que não pode ser admitido.

O Estado deve pautar a sua atuação voltando-se para o atendimento de todos os cidadãos. Entretanto, é necessário que não esqueça das classes economicamente mais desprovidas que, por se encontrarem alijadas das melhores condições materiais, culturais e econômicas, encontram na educação formal a única fonte de acesso ao conhecimento.

Diante disso, tem-se que é fundamental que os mais variados segmentos sociais participem, para assim identificar as necessidades e estabelecer as políticas públicas adequadas para enfrentá-las:

O processo de formulação de uma política envolve a identificação dos diversos atores e dos diferentes interesses que permeiam a luta por inclusão de determinada questão na agenda pública e, posteriormente, a sua regulamentação como política pública. Assim, pode-se perceber a mobilização de grupos de representantes da sociedade civil e do Estado que discutem e fundamentam suas argumentações, no sentido de regulamentar direitos sociais e formular uma política pública que expresse os interesses e as necessidades de todos os envolvidos<sup>33</sup>.

Por conseguinte, entende-se que o melhor espaço para a formulação das políticas públicas é justamente o âmbito local, ou o espaço do município. Para contemplar a participação social em todos

32 Idem, p. 51.

33 CUNHA, Edite da Penha; CUNHA, Eleonora Schettini M. *Políticas Públicas sociais*. In: CARVALHO, Alysson; SALLES, Fátima; GUIMARÃES, Marília e UDE, Walter (Org.). *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: UFMG, Proex, 2002, p. 15.

os momentos do processo de formulação, execução e avaliação das políticas públicas é necessário o comprometimento dos mais variados segmentos que compõem a sociedade civil.

Apesar de a responsabilidade primeira no oferecimento da educação ser do Estado, ressalte-se que ele não é o único agente. No que tange à educação para a cidadania, o Estado compartilha com os outros agentes sociais, como a família e a comunidade, essa responsabilidade, porque *“la educación para la ciudadanía democrática es claramente una función compartida por la sociedad en su conjunto”*<sup>34</sup>.

Por outro lado, é primordial ter presente que a participação da família e da sociedade não exonera o Estado de sua responsabilidade para com o oferecimento da educação formal, especificamente, do ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos, inclusive àqueles não tiveram acesso a ela na idade adequada. Não é uma questão de divisão ou repasse de tarefas, mas sim de cooperação entre Estado e sociedade. Reforça-se que quanto maior a participação, melhores serão as condições de detectar quais as políticas a serem estabelecidas e qual a melhor forma de operacionalização das mesmas. Assim como os entes federados trabalham em regime de cooperação e complementaridade, Estado e sociedade civil organizada devem trabalhar em regime de cooperação.

A implementação das políticas públicas educacionais implica num novo ordenamento da gestão das políticas, com a criação de fundos especiais que irão se constituir em instrumentos de gestão financeira e que permitirão tornar transparente e democrática a utilização dos recursos disponibilizados para determinada política pública.

O dever do Estado em implementar políticas públicas educacionais engloba todos os entes federados: União, Estados Membros, Distrito Federal e Municípios, que atuarão conjuntamente ou em regime de cooperação.

A gestão dos sistemas das políticas sociais implica numa relação de cooperação e complementaridade entre União, Estados e Municípios no desenvolvimento de ações compartilhadas com a sociedade civil, por meio das redes de serviços de atenção à população (saúde, educação,

---

34 PECES-BARBA, *op. cit.*, p. 32.

assistência social, proteção à criança e ao adolescente, e outras), na responsabilidade do órgão gestor pelo exercício das funções de planejamento, coordenação, organização e avaliação das ações em estreita interação com os demais atores (conselhos, ONGs, prestadores de serviços e outros). A organização dessa rede pressupõe a efetivação de parcerias entre governo e sociedade civil, com vistas à qualidade dos serviços prestados e resolutividade dos sistemas com clara definição de mecanismos, estratégias de ação, papéis e responsabilidades entre prestadores de serviços, usuários e gestores<sup>35</sup>.

No Brasil, a responsabilidade pelo oferecimento do ensino fundamental, está a cargo dos Estados e Municípios, que atuam prioritariamente nesse nível de ensino, enquanto a responsabilidade da União é em relação ao financiamento de atividades de apoio, tais como provisão da merenda escolar, livro didático e definição do currículo mínimo.

A Constituição Federal de 1988, ao conferir ao município uma maior autonomia para tratar as questões de interesse dos interesses locais, atribuiu-lhe a responsabilidade pela educação infantil e pelo ensino fundamental. Assim, compete ao município coordenar a política educacional em nível local e executar as políticas e programas de atendimento. Isso não significa dizer que as políticas sociais possam se resumir à ação local, o que poderia levar a formação de “ilhas” isoladas, o que não se pretende.

Contudo, a proximidade do poder público com a população local permite conhecer mais profundamente sua realidade e assim estabelecer ações voltadas para o atendimento das necessidades específicas que determinada comunidade apresenta. Aliado a isso, encontra-se outro fator de extrema importância, que é a participação da própria sociedade civil na tomada de decisões sobre as ações a serem desenvolvidas.

As políticas públicas educacionais locais são, portanto, fruto da descentralização político-administrativa, ao mesmo tempo em que se constituem em instrumentos essenciais para a concretização do direito fundamental à educação. Para Hermany a importância do espaço local repousa na concretização dos princípios

---

35 CUNHA, *op. cit.*, p. 148.

constitucionais. Para o autor é no âmbito local que “é possível uma efetiva participação dos atores sociais considerados excluídos, ou incapazes de fazer frente ao processo complexo de articulação nos espaços nacional e, especialmente, transnacional”<sup>36</sup>, porque é na esfera local que se pode estabelecer um processo maior de comunicação e controle social de modo muito mais contundente do que em âmbito nacional.

De fato, a idéia de novos espaços de poder, com destaque para o espaço local, não acarreta uma absoluta negação das demais esferas, mas uma atenção diferenciada para a existência destes outros espaços que não ficam restritos ao binômio crise do Estado Nacional e ao processo de globalização. Nessa perspectiva, deve ser inserido o poder local, como espaço simples, mas eficaz, de manifestação dos interesses da sociedade e de produção de mecanismos de regulação de controle social legitimados pela participação popular<sup>37</sup>.

Diante disso, o espaço local assume uma importância cada vez maior para o fortalecimento da cidadania e para a promoção da inclusão social, garantindo efetividade aos preceitos constitucionais.

## Conclusão

A autonomia conferida pelo texto constitucional, a partir da qual o município alcança o mesmo patamar dos demais entes federados, permite que no âmbito municipal sejam elaborados e executados projetos de desenvolvimento de acordo com os problemas e interesses dos cidadãos que ali habitam, especialmente no que se refere à educação, saúde e meio ambiente. Isso não significa uma atuação isolada. Ao contrário, exige a união de esforços entre união,

---

36 HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o espaço local*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC: IPR, 2007, p. 250.

37 HERMANY, *op. cit.*, p. 250.

estados e municípios, tanto no que se refere à elaboração de políticas públicas, quanto na distribuição de recursos financeiros para o desenvolvimento dessas políticas.

Assegurar o exercício pleno da cidadania, garantir os direitos fundamentais, eliminar a exclusão social e promover, sempre, a dignidade humana, estão as funções do Estado. Para tanto, é preciso atentar para o fato de que as alterações que o conceito de cidadania sofreu ao longo da história e que contemporaneamente apontam para uma idéia de cidadania ampla, que exige a participação dos cidadãos nos mais variados segmentos da sociedade.

A cidadania a que se refere o texto constitucional extrapola a consagração dos direitos políticos, com o simples exercício do direito ao voto. Muito ao contrário, trata-se de uma cidadania ativa, onde os cidadãos assumem a condição de portadores de direitos e deveres, superando a condição de meros expectadores da atuação do Estado e assumindo a condição de atores sociais comprometidos com a construção da sociedade na qual estão inseridos.

Nesse diapasão a educação apresenta-se como a política pública mais eficaz para garantir o pleno exercício da cidadania, porque é a partir dela que o cidadão construirá seus conhecimentos e desenvolverá a consciência crítica, não somente sobre os seus direitos, mas, sobretudo sobre a importância da sua participação para a transformação da sociedade. Da mesma forma, a inclusão social.

Estado, família e sociedade são responsáveis pela garantia de uma educação de qualidade, desse modo, devem atuar conjuntamente no sentido de buscar a concretização do direito fundamental à educação que possibilitará a construção e o exercício da cidadania, conforme previsão do art. 205 da Carta Magna. A participação da sociedade civil, por si só, configura-se como uma forma de efetivo exercício da cidadania porque, ao participar, o cidadão está exercendo, de um lado, o direito a exigir do Estado a educação fundamental pública e gratuita e, de outro, está cumprindo com o seu dever como membro pertencente à coletividade e, como tal, responsável pela proteção dos direitos de todos.

A atuação do Estado dar-se-á a partir das políticas públicas. A participação da família e da comunidade depende dos espaços abertos pelo poder público, o que configura uma nova concepção de

administração, onde a participação não tem apenas o caráter de legitimadora das decisões que são tomadas exclusivamente por aqueles ligados diretamente aos centros de decisão. Essa participação é resultado de um processo que envolve o sentimento de pertencimento e, em decorrência disso, do sentimento de responsabilidade pelo desenvolvimento econômico e social da comunidade. Quanto maior for o nível de participação, mais sólidos esses sentimentos se tornarão e, quanto mais fortes os sentimentos, maior o nível de envolvimento e de participação.

A valorização do espaço local como o espaço propício para efetivar a participação dos cidadãos, aliada à proximidade dos centros decisórios com a população, possibilita a implementação das políticas públicas educacionais, com vistas ao fortalecimento da cidadania e a inclusão social.

## Referências bibliográficas

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BAGO, Josep Mir I. *El sistema español de competencias locales*. Madrid: Marcial Pons, 1991.

BONETI, Lindomar Wessler. *Vicissitudes da educação inclusiva*. p. 19. In: <<http://www.anped.org.br/reuniões/27/gt11/t1110>>. Acesso em 19 de abril de 2010.

CARVALHO, Alysson; SALLES, Fátima; GUIMARÃES, Marília e UDE, Walter (Org.). *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: UFMG, Proex, 2002.

CUNHA, Edite da Penha; CUNHA, Eleonora Schettini M. *Políticas Públicas sociais*. In: CARVALHO, Alysson; SALLES, Fátima; GUIMARÃES, Marília e UDE, Walter (Org.). *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: UFMG, Proex, 2002.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.
- FUSTEL DE COULANGES. *A cidade antiga*. Trad. Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.
- GOHN, Maria da Glória. *Educação não-formal e cultura política*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- GORCZEWSKI, Clóvis (org.). *Direitos humanos, educação e cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.
- HERKENHOFF, João Batista. *Como funciona a cidadania*. Manaus: Valer, 2001.
- HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o espaço local*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC: IPR, 2007.
- JOVCHELOVITCH, Marlova. *O processo de descentralização e municipalização no Brasil*. In: *Políticas Públicas municipais de proteção integral à crianças e adolescentes*. Caderno Prefeito Criança. Fundação Abrinq, p. 31. Disponível em: <[www.dominiopublico.org.br](http://www.dominiopublico.org.br)>. Acesso em 01 abr 2010.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARTÍN, Núria Belloso. *Os novos desafios da cidadania*. Tradução Clóvis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.
- MARTINS, Rosilda Baron. *Educação para a cidadania: o projeto político-pedagógico como elemento articulador*. In: VEIGA, Ilma P. A.; RESENDE, Lúcia Maria G.de (orgs.) *Escola: espaço do projeto político-pedagógico*. Campinas: Papyrus 1998.
- NAVAL, Concepción; HERRERO, Montserrat (Eds.). *Educación y ciudadanía en una sociedad democrática*. Madrid: Ediciones Encuentro, 2006.

PÉCES-BARBA, Gregorio. *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*. Madrid: Espasa, 2007.

PINSKY, Jaime. *Cidadania e educação*. São Paulo: Contexto, 2005.

**Recebido em:** outubro 2011

**Aprovado em:** novembro 2011

AS DECISÕES DE CONSTITUCIONALIDADE NO  
DIREITO BRASILEIRO: ALGUMAS REFLEXÕES  
HERMENÊUTICAS

*CONSTITUTIONALITY DECISIONS IN BRAZILIAN LAW  
SYSTEM: SOME HERMENEUTICAL REFLECTIONS*

*Mauricio Martins Reis\**

**Resumo:** O propósito deste artigo alcança problematizar a dogmática do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, especialmente após as recentes reformas no texto constitucional. Intenta-se demonstrar que a constitucionalidade é um juízo de predominância hermenêutica, vale dizer, cujas raízes repousam, a despeito da cultura de uma alegada objetividade constitucional, dita abstrata, em situações existenciais de experiência vivida ou perspectivada em conjecturas argumentativas indissociáveis do imaginário humano, tributário do mundo da vida.

**Palavras-chave:** Constituição. Controle de Constitucionalidade. Hermenêutica.

---

\* Mestre e Doutor em Direito pela UNISINOS, Graduado em Direito e Filosofia pela UNISINOS, Doutorando em Filosofia pela PUCRS, Professor da UNISINOS, ESADE e IMED.

**Abstract:** The purpose of this article reaches the problems of the concentrated constitutional control in Brazil, especially after the recent modifications in the Constitutional text. Our purpose points to underline that constitutionality consists in a hermeneutical judgment, which bases, despite the juridical culture favorable to an abstract or objective issue of constitutionality, rests on existential facts, either lived or experienced in argumentative conjectures associated to the human imaginary, attached to our lives.

**Keywords:** Constitution. Control of Constitutionality. Hermeneutics

## Introdução

A possibilidade de determinação semântica dos conceitos normativos não implica uma unívoca aplicação dos conteúdos ali previstos, porquanto é do vetor axiológico dos princípios constitucionais que se transmudam, através da fundamentação dotada de razoabilidade argumentativa, textos em direção às normas, ou, noutras palavras, decisões legais em decisões legítimas. A constitucionalidade, assim como a inconstitucionalidade, enquanto juízos formatados por uma justiça constitucional dita objetiva, por mais abstratos que sejam em sua cogitação teórica ou conceitual, não conseguem camuflar os eventuais (e muitas vezes inevitáveis) enlances interpretativos concretos derivados das correspondentes prolações.

A estratégia de proliferar os efeitos da tão reivindicada segurança jurídica em tempos de constitucionalismo contemporâneo não pode atrofiar o desenvolvimento da hermenêutica jurídica. Desprestigiar a justiça concreta – aquela decorrente da prática jurisprudencial sedimentada em razões relevantes de decidir (supondo-se elas em conformidade ao sistema constitucional positivo) – em homenagem às prévias e exclusivas exegeses da lei (e da Constituição) implica o ensejo de uma inconstitucionalidade, esta especificamente concreta e, pois, hermenêutica. A justiça concreta, pela

semelhança, uniformidade e tipologia de argumentos, pode ascender indutivamente rumo ao critério normativo geral, inclusive caro ao positivismo jurídico e seus desdobramentos diretos e indiretos; impossível é a inversa descendência, em que postulados vinculantes esmerados na mera abstração ou na base (supostamente) autêntica de tribunais supremos e legisladores jamais alcançam dedutivamente o problema existencial posto em causa.

A justiça constitucional, assim, merece cuidados redobrados, tanto quanto os desdobramentos de suas plúrimas formas de decisão. E mesmo aquelas supostamente dotadas de generalidade inconcussa, cuja repercussão endossaria única via de raciocínio, carecem de um olhar de soslaio. Não aquele olhar gratuito de desconfiança, mas aquele característico do indispensável zelo para discriminar hipóteses aparentemente idênticas, ou mesmo para uniformizar situações equivocadamente tachadas de diversas: substitua-se, destarte, o atavismo mecânico de pertencimento a ideologias pretéritas mais ou menos ortodoxas no cenário jurídico pelo ativismo jurisdicional, em que todos os atores do processo (e da sociedade civil) contribuem para o escrutínio de decisões justas e bem fundamentadas.

## 1. As relações entre constitucionalidade e inconstitucionalidade

O §2º do artigo 102, com a redação da Emenda n. 45, da Constituição Federal equipara os efeitos jurídicos de ações de constitucionalidade, ratificando anterior consideração por lei específica acerca da natureza ambivalente ou de sinal contrário verificável entre ambas.<sup>1</sup> Vale dizer, como corolário da adoção da ação declaratória de constitucionalidade pela Emenda n. 3 de 1993, o sistema

---

1 Tal é o disposto no artigo 24 da lei 9.868/99: Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória. Desta forma, a hipótese inversa também pode ser invocada, quando a improcedência da ação declaratória de constitucionalidade importa na decretação de desconformidade do dispositivo debatido em relação ao texto constitucional.

jurídico brasileiro, em situação jurídica peculiar, simplesmente rechaçou a hipótese de decretação de não-inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, a partir do instante em que a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade passou a implicar a decretação de constitucionalidade do dispositivo passível de fiscalização concentrada.<sup>2</sup> Até 1999, com a edição da Lei 9.868, a tratar do rito das ações de constitucionalidade em fiscalização concentrada perante o Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup>, apenas havia a regulação destes efeitos no caso da decretação de constitucionalidade, pela fórmula contida no artigo 102, §2º, em sua redação inicial.<sup>4</sup>

Em realidade, a ausência de previsão para a declaração de inconstitucionalidade era inócua; por uma, porque a inconstitucionalidade, em sendo verificada no âmbito abstrato da fiscalização concentrada de constitucionalidade, já carregava o inerente porte de geral extensão e eficácia irradiante de caráter vinculador, pela írrita mácula a fazer expungir a norma combatida do ordenamento vigente. Ademais, em sendo equiparadas, as ações não poderiam ter destinos diversos; sendo assim, a inconstitucionalidade carregava, pela característica da inversão de efeitos pela improcedência da ação declaratória de constitucionalidade, iguais efeitos *erga omnes de caráter vinculante*.

Porém, a recente explicitação equiparadora entre as ações – ADIN e ADC – por força da Emenda Constitucional n. 45, já ressaltada antes, desde 1993, sucessivamente, pelos precedentes do STF e da Lei 9.868/99, possui importância por motivo diverso, qual seja,

---

2 Este entendimento foi adotado por ocasião do julgamento da primeira ação declaratória de constitucionalidade, quando em questão de ordem o STF legitimou os contornos deste novo instrumento, dando-lhe, no mesmo ano da Emenda n 3, em 1993, eficácia invertida em relação à ação direta de inconstitucionalidade (ADC-QO 1/1993, Relator Ministro Moreira Alves).

3 Artigo 28, Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

4 § 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. A nova redação, com a Emenda n. 45, ficou assim estabelecida: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

pelo fato de a nova redação do artigo 102, §2º revogar, senão desconstitucionalizar, as outras hipóteses suscetíveis da recepção do efeito vinculante, elencadas naquele diploma dos fins da década de noventa. Estas hipóteses consistem nas decisões interpretativas dos tribunais e dos juízes de primeira instância no julgamento em que se utilizam a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto, ambas previstas no artigo 28, parágrafo único, da lei em comento (9.868/99) e não mais adotadas no dispositivo constitucional alterado aqui referido.

Pergunta-se: desse silêncio se presume a desconsideração daquele anterior rol de decisões estipulado em lei ordinária? Por questões de ordem hermenêutica, entendemos que sim, até porque a ingerência de razões tecnicamente legislativas apenas robusteceu o argumento de uma impossibilidade mais abrangente, qual seja, interpretativa, a ponto de impossibilitar a vinculação judicativa de decisões positivas, de dação de sentido.

Este é o entendimento, ao qual entoamos coro, do Professor Lenio Streck, cujas linhas deduzem que:

o efeito vinculante e a eficácia contra todos em sede de ADC, ADI, na interpretação conforme e na nulidade parcial sem redução de texto já estava previsto em lei ordinária e somente parte dele foi aprovado na emenda constitucional (...). Ora, se o constituinte derivado optou por constitucionalizar apenas um aspecto da questão (ou das questões jurídicas), é porque para as demais ficou estabelecido que “não estavam à altura de serem alçadas ao patamar (status) de norma constitucional” ou, para usar a terminologia de Canotilho, a matéria não foi considerada “digna de ser constitucional (STRECK, 2005, p. 121).

A emenda, portanto, revogou a matéria prevista no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99 insuscetível de ser alçada ao texto constitucional por força do constituinte derivado, eis que deixou de ser compatível com o novo esquadro de possibilidades no trato do efeito geral vinculante. Decisão digna de vinculação, assim, é aquela oriunda do processo abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos perante o Supremo Tribunal Federal quando da decretação objetiva em sede das ações de constitucionalidade. E isto implica a própria decisão definitiva de mérito nos extremos do

objeto posto em causa, ou seja, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, tendo em vista a desconsideração, pela ausência de regulamentação na própria Emenda n. 45, da eficácia vinculante nas decisões interpretativas, outrora estabelecida pela lei ordinária agora despida de validade através desta ulterior incompatibilidade frente ao Texto Maior.

Da mesma forma que a Emenda n. 45 optou por constitucionalizar o efeito vinculante em sede de controle concentrado de constitucionalidade apenas nas hipóteses extremas do código binário de constitucionalidade e inconstitucionalidade, deixando de conferir guarida ao efeito vinculante nas decisões interpretativas mencionadas no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99, assim ocorreu com o desabono ao efeito dúplice ou invertido entre a ADIN e a ADC. O constituinte derivado apenas estendeu o efeito vinculante para as ações diretas de inconstitucionalidade, hipótese que já estava prevista na lei ordinária; ou seja, ao constitucionalizar determinada consequência jurídica tutelada por lei anterior, a emenda constitucional em apreço desautorizou as demais hipóteses legais por ela não ratificadas neste novo comprometimento constitucional. Desta feita, a improcedência de uma, a implicar as consequências jurídicas da procedência de outra, conforme enuncia o artigo 24 da Lei referida, resultou, nesta previsão de duplo efeito, abolida por sua ausência no texto constitucional. Além disso, a ação direta de inconstitucionalidade não guarda estrita equivalência procedimental nem similitude de objetos com a ação declaratória de constitucionalidade a ponto de ambas pretenderem uniformidade, eis que na petição inicial da ADC se reclama a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do dispositivo legal questionado.<sup>5</sup>

5 “O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa in abstracto, pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que exige a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, ‘em proporções re-

A ação de constitucionalidade possui, em realidade, objetivos que destoam da lógica de compreensão da jurisdição constitucional. A finalidade genuína que dela se poderia esperar, qual seja, confirmar a presunção de constitucionalidade das leis, já era obtida diante da improcedência da histórica e reconhecida ação direta de inconstitucionalidade. Isto faz exaltar a morbidez hermenêutica de um instrumento criado com o fito de fixar os sentidos da norma jurídica atestada pelo Supremo Tribunal Federal. Nem se fale da já conhecida crítica desferida pelos estudiosos que entendiam ser a pronúncia de não-inconstitucionalidade uma decisão sem força de coisa julgada material, ante a futura suscetibilidade de a mesma lei ser fiscalizada pelo controle objetivo e, inclusive, ser julgada inconstitucional (STRECK, 2005, pp. 128-130). O cerne da criação da ADC remonta, entretanto, menos à salvaguarda abstrata do texto normativo, mas à petrificação interpretativa, ao paradigma da exclusiva vontade da lei, pela rasa subsunção de conformidade constitucional.

Senão vejamos: afirmar a constitucionalidade da lei acarreta, sob o pressuposto de existência das demandas abstratas, as quais não veiculam qualquer relação com o fenômeno da incidência, divorciadas, portanto, de qualquer aplicação aos suportes fáticos, eleger determinado significado como aderente ao enunciado ali formulado. Como a ação declaratória de constitucionalidade possui efeito vinculante, afirma-se que há razões suficientes para não mais questionar o preceito julgado conforme a Carta Maior; para além disso, embute-se no próprio julgamento, e esta é a essência de ser da própria ADC (ou dos motivos que a criaram), a interpretação tida por constitucional, de modo que o seu descumprimento importará em desobediência sujeita à interposição de reclamação perante o STF. Não se trata de apenas descumprir a declaração solene de

---

levantes, de dissídio judicial, cuja existência — precisamente em função do antagonismo interpretativo que dele resulta — faça instaurar, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.” (ADC 8-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-10-99, DJ de 4-4-03). De se mencionar, a propósito, que a reforma constitucional promoveu a simetria na legitimidade ativa para a propositura da ADC em relação à ADIN, conforme nova redação do *caput do artigo 103 da Constituição Federal*.

constitucionalidade afeta à lei, por exemplo, sujeitando-a novamente a fiscalizações objetivas posteriores, senão de deixar de acatar o sentido imposto àquele dispositivo por ocasião de sua análise, supostamente abstrata.

## 2. A abstração da constitucionalidade como uma (im)possibilidade hermenêutica

A hermenêutica filosófica, especificamente aqui, denuncia a impossibilidade da interpretação “em tese”, cujo escopo é camuflar sob a bandeira da constitucionalidade objetiva das normas jurídicas a vinculação subjacente de um certo sentido ou significado prático, a partir do qual se uniformizam as expectativas acerca da aplicação vindoura daquele preceito legal. Também por isso, a própria autonomia de uma ação de constitucionalidade esconde a limitação – necessária e indisponível – de uma decisão improcedente de inconstitucionalidade. Quando se decreta a constitucionalidade por uma rejeição do vício maior de inconstitucionalidade, atesta-se que a lei não é inconstitucional pelo motivo pretensamente alegado contra ela. Por conseguinte, esse fundamento não pode ser generalizado, a ponto de abranger todos os outros eventuais motivos hipoteticamente cogitados contra a norma jurídica questionada.

De se ressaltar que o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a tese da causa de pedir ampla ou aberta nas ações abstratas de fiscalização de constitucionalidade. O problema maior afigura-se na decretação de constitucionalidade, ou seja, quando o dispositivo questionado remanesce no ordenamento jurídico, porque conforme o Texto Maior, em vista da improcedência das alegações – formuladas pelo requerente ou supostas pela Corte nesta generalização possível da causa de pedir –, quaisquer que sejam, contra ele dirigidas. A causa de pedir ampla ou aberta significa o reconhecimento de que o STF não se encontra vinculado à fundamentação jurídica do

pedido veiculado em sede de ADI. Assim, os fatos e fundamentos jurídicos contidos na petição inicial poderão não ser os únicos a serem contemplados em face da decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. Por conseguinte, poderá decretar a inconstitucionalidade de norma jurídica em virtude de contrariedade a outros preceitos da Constituição, diversos daqueles capitaneados na petição exordial.<sup>6</sup>

Citando referencial com forte em julgados do STF, leciona Teori Albino Zavascki que “a indicação específica, pelo demandante, do dispositivo constitucional que supõe violado não representa estratificação da causa de pedir, nem inibe a cognição do Supremo Tribunal Federal, que leva em conta o conjunto das normas constitucionais” (ZAVASCKI, 2001, p. 106).<sup>7</sup> Prossegue o autor, dizendo ser a causa de pedir essencialmente aberta, à luz de todo o ordenamento constitucional. As conclusões retiradas desta doutrina as aproximam do patamar de identificação metafísica<sup>8</sup>, qual seja, a de

---

6 Esta interpretação de abrangente latitude da causa de pedir pelo STF nas ações de controle concentrado de constitucionalidade não exige o demandante de fundamentar as razões pelas quais concebe o ato normativo impugnado como inconstitucional: “É certo que o Supremo Tribunal Federal não está condicionado, no desempenho de sua atividade jurisdicional, pelas razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor da ação direta. Tal circunstância, no entanto, não suprime, à parte, o dever processual de motivar o pedido e de identificar, na Constituição, em obséquio ao princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que pretende impugnar. Impõe-se, ao autor, no processo de controle concentrado de constitucionalidade, indicar as normas de referência - que são aquelas inerentes ao ordenamento constitucional e que se revestem, por isso mesmo, de paramecricidade - em ordem a viabilizar, com apoio em argumentação consistente, a aferição da conformidade vertical dos atos normativos de menor hierarquia” (Relator Celso de Mello, ADIN 514/PI, DJ 31.03.2008, Informativo 499 STF).

7 Também por esse motivo, o autor defende que uma segunda ação de inconstitucionalidade, mesmo invocando dispositivo constitucional diferente da primeira ação (julgada conforme o texto constitucional), seria idêntica à primeira, já coberta pela coisa julgada (p. 107). Diversa é a posição de Teresa Arruda Wambier, segundo a qual a ação declaratória de constitucionalidade faz coisa julgada nos limites do pedido, o que significa que uma nova demanda objetiva poderá ser proposta com outro fundamento (O Dogma da Coisa Julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 72).

8 A palavra metafísica vem utilizada em um sentido bastante específico e determinado nas lindes jurídicas, para efeito de identificar toda e qualquer postura tendente a esconder a diferença ontológica sob o manto da segurança jurídica, da igualdade e da isonomia, em apreço à legalidade reprodutora descompromissada com os valores e princípios da Constituição, sem aquiescer com o indispensável contato proveniente dos processos e das respectivas interpretações.

suprassumir interpretação única e autêntica para além da hipótese concreta de formulação mediadora. Veja-se, por exemplo, este julgado do STF sobre a causa de pedir ampla:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Estadual 12.223, de 03.01.05. Fundo partilhado de combate às desigualdades sociais e regionais do Estado do Rio Grande do Sul. Concessão de crédito fiscal presumido de ICMS correspondente ao montante destinado ao fundo pelas empresas contribuintes do referido tributo. Alegação de ofensa ao art. 155, § 2º, XII, g, da constituição federal. Inocorrência. Causa de pedir aberta. Art. 167, IV, da Carta Magna. Vinculação de receita proveniente da arrecadação de imposto a fundo específico<sup>9</sup>.

Típico exemplo desta posição é a tese esposada por Teori Albino Zavascki em julgamento do STJ acerca da inteligibilidade do artigo 741 do Código de Processo Civil. Este dispositivo, ao regular as situações de inexigibilidade de título judicial fundado em lei ou ato normativo, “declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição”, vem sofrendo uma série de temperamentos pela doutrina e jurisprudência no que compete ao conteúdo e à extensão da inconstitucionalidade. Pela própria redação do preceito,

9 ADI 3576/RS, Relator Ministra Ellen Gracie, DJ 02.02.07. De acordo com a Relatora, esta prática consiste em uma obrigatoriedade para os membros da Corte: “impelida pelo dever de verificar, em ação direta, a ocorrência de agressão a outros dispositivos constitucionais que não aqueles indicados na inicial (causa de pedir aberta)”. Eis outro exemplo desta característica típica da modalidade de controle abstrato: agravo regimental em recurso extraordinário. constitucional. tributário. cpmf. constitucionalidade. O Plenário desta colenda Corte, ao julgar a ADI 2.031, rejeitou todas as alegações de inconstitucionalidade do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 75 do ADCT, introduzidos pela Emenda Constitucional 21/99. Isto porque as ações diretas de inconstitucionalidade possuem “causa petendi” aberta. É dizer: ao julgar improcedentes ações dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal afirma a integral constitucionalidade dos dispositivos questionados (Precedente: RE 343.818, Relator Ministro Moreira Alves). Agravo regimental manifestamente infundado, ao qual se nega provimento. Condenação da parte agravante a pagar multa de cinco por cento sobre o valor da causa, a ser revertida em favor da agravada, nos termos do art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil. (RE-AgR 431715 / MG, Relator Ministro Carlos Britto, DJ 19/04/2005) Convém frisar que a causa de pedir aberta, em homenagem à natureza dúplice reconhecida pela doutrina e jurisprudência entre ADIN e ADC, incide, nesta interpretação bifronte, na declaração de constitucionalidade e de inconstitucionalidade (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1086).

na sua parte final, já fica bastante visível o acatamento legislativo e institucional da inconstitucionalidade concreta ou hermenêutica, aquela incidente no processo de aplicação do texto. O Ministro Zavascki, ao tecer suas considerações sobre o tema, anda bem ao discernir as ofensas textuais das interpretativas; porém, quando se debruça no tema da interpretação conforme, discorre sobre um efeito não necessariamente pretendido consoante o paradigma da hermenêutica filosófica.<sup>10</sup> Este efeito, qual seja, o de repúdio às interpretações diversas não acatadas no exercício da interpretação conforme (em qualquer grau de jurisdição, mesmo o STF), é uma espécie de generalização petrificadora daquilo que foi decidido em dada situação, o que não implica serem estas as mesmas razões para todos os demais casos (efeito vinculante interpretativo).

Diz Zavascki:

À luz dessas considerações é que se tem como certo que a interpretação conforme a Constituição é também uma técnica de declaração de inconstitucionalidade: ao reconhecer a constitucionalidade de uma interpretação o que se faz é (a) afirmar a constitucionalidade de uma norma (a que é produzida por interpretação segundo a Constituição) e, ao mesmo tempo e como consequência, (b) declarar a inconstitucionalidade de outra, ou de outras normas (a que é produzida por interpretação diversa).<sup>11</sup>

Conforme Lenio Streck, em lição tomada aqui como pressuposto inarredável da hermenêutica filosófica para o direito (e para a jurisdição constitucional), não há como se pretender vinculação positiva sem deixar que o caso nos acometa de sua diferença existencial, de sua peculiaridade capaz de distingui-lo dos demais casos até então propagadores daquela eficácia preponderante.<sup>12</sup>

Cabe salientar que o efeito vinculante alcançado na decretação de inconstitucionalidade não atinge o Poder Legislativo, tendo em vista a sua omissão nos marcos abrangentes contidos no artigo 102,

10 Coerentemente, diga-se de passagem, quando aplaude a tese da “causa de pedir ampla” pelo STF em sua obra *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

11 Recurso Especial n. 833.769/SC. Hipótese também ilustrada em seu artigo *Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais*. In *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

12 *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, mormente o capítulo 5.

§2º, do Texto Maior, os quais recaem relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, em todas as esferas federativas (federal, estadual e municipal).<sup>13</sup> Há de se dizer que o efeito vinculante nas decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma lei, conforme Streck, é decorrência lógica da própria mácula atribuída ao texto normativo, porque o preceito ora expungido não pode mais surtir efeitos (STRECK, 2005, pp. 128-130; STRECK, 2004, pp. 775-776). Mesmo assim, desta patente conclusão de que a lei inconstitucional não pode surtir efeitos, por ser uma não-lei, há de se temperar a automática cassação das sentenças já transitadas em julgado.<sup>14</sup>

Saliente-se que a decretação de inconstitucionalidade, por si só, acarreta eficácia retroativa, salvo por motivos fundamentados relativos à segurança jurídica ou ao excepcional interesse social, por votação qualificada concorde de pelo menos oito Ministros do STF, conforme enuncia o artigo 27 da Lei 9.868/99, hipótese em que se poderá autorizar eficácia prospectiva, programada ou mesmo condicional à determinada futura circunstância.<sup>15</sup>

13 “A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão.” (Rcl 2.617-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 23-2-05, DJ de 20-5-05)

14 “Na verdade, a tese da retroatividade em relação à coisa julgada esquece que a decisão judicial transitada em julgado não é uma simples lei – que pode ser negada por ser nula –, mas sim o resultado da interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal, dando origem à norma jurídica do caso concreto” (MARINONI, Luiz Guilherme O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (A questão da relativização da coisa julgada material). In *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 238).

15 “Controle concentrado de constitucionalidade — Procedência da pecha de inconstitucional — Efeito — Termo inicial — Regra x exceção. A ordem natural das coisas direciona no sentido de ter-se como regra a retroação da eficácia do acórdão declaratório constitutivo negativo à data da integração da lei proclamada inconstitucional, no arcabouço normativo, correndo à conta da exceção a fixação de termo inicial distinto. Embargos declaratórios — Omissão — Fixação do termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade — Retroatividade total. Inexistindo pleito de fixação de termo inicial diverso, não se pode alegar omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conflito do ato normativo autônomo abstrato com a Carta da República, fulminando-o desde a vigência.” (ADI 2.728-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19-10-06, DJ de 5-10-07) Sobre o quorum qualificado de oito Ministros a respeito da concessão de efeitos *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, indaga-se sobre a possibilidade de os Ministros divergentes – aqueles que votaram a favor da constitucionalidade da lei questionada – participarem deste outra votação, acerca da eficácia temporal do julgado; entendemos que sim, porquanto a decisão anterior, sobre a inconstitucionalidade, já restou resolvida, tratando-se, agora, de uma nova questão a ser deliberada por todos os componentes da Corte.

Atualmente também se controverte sobre a admissibilidade desta tese, da eficácia *ex nunc na decretação de inconstitucionalidade, no âmbito do controle difuso*.<sup>16</sup>

### 3. O efeito vinculante na decretação de constitucionalidade: discriminantes necessárias

Contudo, a problemática do efeito vinculante nas decisões afirmativas de constitucionalidade ainda se mantém em termos de efetiva conseqüência. Como dito anteriormente, em virtude da não recepção do efeito dúplice na Emenda n. 45, a improcedência da ação de inconstitucionalidade restringe-se a uma não pronúncia, não correspondendo mais a uma declaração de constitucionalidade absoluta, sob todos os aspectos do texto constitucional. Porém, como a ação declaratória de constitucionalidade ainda vigora em nosso sistema jurídico – apesar do louvável questionamento a respeito de sua própria constitucionalidade –, torna-se premente considerar algumas implicações do que venha a ser o efeito vinculado atribuído ao resultado de sua procedência.

---

16 “Limitação de efeitos no sistema difuso. Embora a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso. Ressalte-se que não se está a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999. Cuida-se aqui, tão-somente, de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade. (...) ‘É preciso acrescentar que o Tribunal Constitucional deve declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral e eficácia retroativa e repristinatória, a menos que uma tal solução envolva o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de interesse público de excepcional relevo’ (Medeiros, A Decisão de Inconstitucionalidade, cit., p. 703/704). Na espécie, não parece haver dúvida de que o deferimento do efeito suspensivo justifica-se plenamente. A aplicação da decisão impugnada poderá criar quadro de grave insegurança jurídica. É certo, ademais, que, mantida a declaração de inconstitucionalidade, afigura-se plausível pedido manifestado no sentido de sua prolação com eficácia *ex nunc*. Concedo, portanto, o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, ad referendum do Pleno, até o final julgamento da questão.” (Pet 2.859-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 6-4-04, DJ de 16-4-04).

Uma coisa é dizer que a ação declaratória mitiga a extensão do controle difuso, considerado estrito senso, quando se inibe o incidente de inconstitucionalidade ulterior nas instâncias de aplicação do direito, pelo fato de se depreender, em caráter preliminar, que a norma jurídica é imprestável pela sua indelével mácula contrária ao Texto Maior. Outra, bem diversa, e aqui haverá de ser efetivamente depreendida, é fazer com que o julgamento de constitucionalidade evite a proliferação de relevantes divergências jurisprudenciais, de modo a uniformizar a jurisprudência. Ora, com esta última finalidade a ação de constitucionalidade congela o sentido da própria norma jurídica, fazendo impedir a sua interpretação, porque considera descumprimento ou recalcitrância, pela imposição de seu efeito vinculante, todo e qualquer contributo hermenêutico diverso daquele reverenciado pelo Supremo Tribunal Federal. Não nos assombra, portanto, que, conforme resultar o sentido conferido aos textos legais, ainda que em nome de sua compatibilidade constitucionalmente adequada (e esta é a razão de ser, por exemplo, da interpretação conforme), subentende-se nisto uma não-aplicação, porque o preceito normativo já resultou batizado com a designação preferida pela Suprema Corte.

Ora, o STF vem adotando teses refratárias ao inerente caráter constitutivo da interpretação jurídica, quando ela não se compadece com o mero esgotamento exegético da conformação abstrata dos textos normativos.<sup>17</sup> Vejamos duas delas bastante sintomáticas deste apego normativista de equivalência entre o *ius* e a *lex*: a Corte Suprema brasileira não admite interpretação conforme de dispositivos que supostamente admitem um único significado, na esteira da abstenção hermenêutica diante dos textos inequívocos (*in claris cessat interpretatio*)<sup>18</sup>; ademais, o Supremo Tribunal presume declaratório

---

17 Pela inigualável e rica abordagem do assunto, por todos, CASTANHEIRA NEVES, António. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. A realização do direito manifesta-se como algo para além da mera aplicação das leis, ao recuperar o concreto no bojo da mediação juridicamente decisória.

18 “Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme à Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente. Quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível su-

de inconstitucionalidade o julgado que afasta a incidência da norma jurídica para aplicá-la consoante critérios diversos extraídos da própria Constituição.<sup>19</sup>

Não surpreende, em virtude desta inautêntica pré-compreensão em prol de sentidos herméticos fechados, e não hermenêuticamente abertos, o cancelamento da Súmula n. 400 pela Corte Suprema, quando o STF resolveu chancelar posição no sentido de que, em se tratando de preceito constitucional, não se haverá de atender à interpretação razoável, mas juridicamente correta.<sup>20</sup> Ora, diante da imersão interpretativa das leis na Constituição, através do manejo contemporâneo dos princípios em uma responsável articulação argumentativa, em se levando em conta dita premissa, todas as normas jurídicas receberão dada carga axiológica, aquela tida como correta, em detrimento de outras tantas possibilidades hermenêuticas do sistema. Estribadas estas premissas, para o paradigma hoje reinante, toda a ação de constitucionalidade julgada procedente cristaliza a própria interpretação daquela norma tida por consentânea ao Texto Maior, já que o seu descumprimento, diante de alguma ressalva interpretativa, ainda que em nome de um princípio constitucional devidamente valorado diante da incidência de postulado normativo

---

primir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar 'para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal', técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade 'sem redução do texto' em decorrência de este permitir 'interpretação conforme à Constituição.'" (ADI 1.344-MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 18-12-95, *DJ de 19-4-96*).

- 19 "I. Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): viola o dispositivo constitucional o acórdão proferido por órgão fracionário, que declara a inconstitucionalidade de lei, sem que haja declaração anterior proferida por órgão especial ou plenário. II. Controle de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição." (RE-Agr 411481 / RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 09.02.2007). Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu editar no dia 18 de junho de 2008 a décima Súmula Vinculante da Corte. Ela impede que órgãos fracionários que não têm a maioria absoluta dos integrantes de um tribunal afastem a incidência, total ou em parte, de lei ou ato normativo do Poder Público. Isso é vedado mesmo que a decisão do órgão fracionário não declare a inconstitucionalidade da norma, mas somente afaste a sua incidência em um caso concreto.
- 20 Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 145680-0, DJ 30.04.93, Relator Ministro Celso de Mello.

aplicativo – como a razoabilidade, por exemplo –, acarreta a não aplicação da norma jurídica, o que a inquina de inconstitucionalidade, a consubstanciar ato de insubordinação, objeto de reclamação ao STF, frente ao efeito vinculante da decretação de constitucionalidade no âmbito de fiscalização abstrata.

Felizmente, há posições que guarnecem a diferença ontológica entre texto e norma, entre dispositivo e interpretação, ou seja, entre o preceito semanticamente considerado na finita e abstrata composição gramatical da literalidade e as pragmáticas razões interpretativas que lhe capacitam outras possibilidades de sentido. No caso da decretação de constitucionalidade através da fiscalização objetiva pela jurisdição constitucional, pela sua imposição positiva no sistema jurídico, fazendo preservar a norma inquinada no âmbito da aplicação do direito, confundiu-se o plano do questionamento da legitimidade da própria norma jurídica com o prisma de sua concretização, sendo esta apenas infensa ao resultado vinculante da procedência em sede de controle concentrado. Como enuncia Luis Roberto Barroso, “é perfeitamente possível que uma norma tida por constitucional em ação direta ajuizada para esse fim não deva ser aplicada a determinada situação concreta submetida à apreciação judicial” (BARROSO, 2004, p. 190). Outra posição peculiar é a de Carlos Ayres Britto, jurista membro do Supremo Tribunal Federal, responsável por indagar acerca da sanidade jurídica da ação declaratória de constitucionalidade; mesmo acatando a posição majoritária da Corte brasileira no que tange à legitimidade desta demanda objetiva, o autor bem ressalta os limites (corretos) estabelecidos para esta decretação abstrata, ao dispor do inatacável apreço interpretativo que resulta de outra esfera, a da aplicação, digna de ser atacada por outra instância recursiva.<sup>21</sup>

Há de se dizer que a atuação do Supremo Tribunal Federal numa instância positiva, para além da tradicional competência de legislador negativo ínsita ao pensamento de Hans Kelsen acerca

---

21 ADC-MC 12, Relator Ministro Carlos Britto, DJ 01.09.2006. Para o Relator, no controle abstrato de normas, o que se incumbe é aferir a constitucionalidade dos atos normativos, “não esmiuçar cada qual das suas teóricas possibilidades de incidência, menos ainda os particularizados efeitos de sua aplicação em concreto”.

da jurisdição constitucional, insinua-se projetiva quanto a determinações interpretativas no catálogo de possíveis decisões no âmbito do controle de constitucionalidade. Isto faz valer tanto o manejo da interpretação conforme, de modo a propiciar sentido de ato normativo infraconstitucional consentâneo ao texto da Constituição no bojo do critério abstrato (objetivo) colimado pelo legislador – instância de proporcionalidade<sup>22</sup> – quanto à adequação concretizadora para a resolução dos conflitos, por incidência da aplicação jurisdicional, quando no mais das vezes se utilizam os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica, por ocasião dos quais não se consegue, em última ordem, ultrapassar os estritos limites da literalidade dos dispositivos legais.

#### 4. Apontamentos finais: para que a interpretação possa ficar com a última palavra

É bom que se diga, ao propósito dos limites da jurisdição no ato de interpretar o direito, que a competência do Poder Judiciário no tocante aos juízos negativos de exclusão por inconstitucionalidade é suscetível de controvérsia, na medida em que se eventual supressão de critérios ou destinatários afetar a prognose de consequências autorizada pelo parlamento, tem-se a indesejável usurpação por via de atuação positiva pelos tribunais e juízes. Neste sentido, Humberto Ávila bem defende a viabilidade de três situações nas quais a competência do órgão judicial, se bem que

22 Eis julgamento do Pretório Excelso pertinente ao tema em comento: “A proporcionalidade como postulado básico de contenção dos excessos do poder público. O ‘*due process of law*’ em sua dimensão substantiva (cf, art. 5º, inciso LIV). Doutrina. Precedentes. A questão das antinomias (aparentes e reais). Critérios de superação. Interpretação ab-rogante. Excepcionalidade. Utilização, sempre que possível, pelo Poder Judiciário, da interpretação corretiva, ainda que desta resulte pequena modificação no texto da lei. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar deferida” (HC 92.525/RJ, Relator Min. Celso de Mello, DJ 03.04.2008, Informativo n. 500).

estritamente negativa do ponto de vista formal, avalia alguma repercussão manifesta (concreta) de ação para além de sua previsão normativa capitaneada pelo legislador. A primeira hipótese dá-se quando o juízo negativo analisa os efeitos prospectivos da lei ou considera as alternativas que deveriam ter sido cogitadas pelo Poder Legislativo, em benefício da realização da igualdade na aplicação da lei. O segundo exemplo de legitimidade ocorre quando a decisão judicial provoca efeitos positivos, nada obstante a decretação formal de um juízo de nulidade ou exclusão, principalmente em casos nos quais a lei estabelece privilégios para uma pessoa ou grupo em relação a outros que se encontram no mesmo patamar fático. Finalmente, o terceiro exemplo para autorizar outra potencialidade de um juízo negativo da jurisdição consiste na construção de significados pela concretização do padrão normativo, por meio do raciocínio por analogia, aqui entendido, também o exercício da interpretação conforme à Constituição (ÁVILA, 2008, pp. 180-182).

Todavia, Ávila cogita de uma quarta hipótese em que a competência do Poder Judiciário esbarra nos severos limites da decisão negativa: trata-se da proibição de modificar “sentidos mínimos, predetermináveis a partir dos dispositivos legais, estabelecendo critérios e soluções opostos aos critérios e soluções constantes da lei” (ÁVILA, 2008, p. 183). Desta feita, prossegue o autor, não se poderia contrariar o teor literal e o objetivo inequívoco da lei. Embora a sistematização seja digna de se adotar no esquadro teórico das relações entre norma e texto, ou entre Poder Judiciário e Legislativo, não se consegue admitir a vedação da interpretação conforme com base no método gramatical e teleológico da interpretação, a uma pela inexistência de um fundamento inconcusso de onde se pode legitimar o sentido autêntico dos preceitos legais, a duas pela indissociabilidade hermenêutica do terceiro e do quarto modelo ora apresentado, tendo em vista que toda a interpretação é aplicação, cuja legitimidade esbarra não na prévia formatação das fontes de

direito, senão na existência comprovada (fundamentada) de razões capazes de sufragar entendimento diverso ou concretizável daquele esposado no teor normativo, seja este claro ou equívoco.

## Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O princípio da segurança dos atos jurisdicionais* (A questão da relativização da coisa julgada material). In *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAVASCKI, Teori. *Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais*. In *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

**Recebido em:** outubro 2011

**Aprovado em:** novembro 2011

A DEMOCRACIA BRASILEIRA E A PENA PRIVATIVA  
DE LIBERDADE: ALTERNATIVAS QUE PRESERVAM  
A DIGNIDADE HUMANA

*THE BRAZILAIN DEMOCRACY AND THE PRIVATE  
SENTENCE OF FREEDOM: ALTERNATIVES THAT  
PRESERVE THE HUMAN DIGNITY*

*Neuro José Zambam\**

*Airton Juarez Ickert\*\**

**Resumo:** A dignidade humana é um valor fundamental para as sociedades democráticas. Na sociedade brasileira que tem na sua Constituição a garantia dos direitos como referência inegociável e balizadores do seu ordenamento, as pessoas precisam perceber e usufruir dos seus direitos e valores mais importantes, dos quais se pode destacar a liberdade. O pleno exercício da liberdade representa a maioria política e as condições de equidade social. A pena privativa de liberdade, quando necessária, precisa ter como meta a

\* Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor dos Cursos de Direito e Administração da Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de Trabalho, Ética e cidadania da Anpof (Associação Nacional dos Programas de Pós-graduação em Filosofia). Pesquisador da Faculdade Meridional do Grupo de Pesquisa: Novas Tecnologias, marcos regulatórios e reconhecimento de direitos na diversidade cultural, coordenado pela Profa. PhD Salete Oro Boff. E-mail: <neurojose@hotmail.com>.

\*\* Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional - IMED de Passo Fundo. Servidor público militar. E-mail: <airtonickert@yahoo.com.br>. Este artigo é fruto do estudo e elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do Prof. Dr. Neuro José Zambam.

recuperação e reintegração da pessoa na sociedade. Essa reflexão propõe o aprofundamento do debate sobre as graves deficiências do sistema prisional brasileiro e a emergência de alternativas que visam à punição dos culpados pelos delitos cometidos e a sua reinserção social utilizando métodos que preservem a dignidade humana e a condição de sujeito de direitos dos envolvidos. Destaca-se: a privatização dos presídios, o monitoramento eletrônico dos detentos e a justiça restaurativa. Esse é um debate essencial para as condições de justiça numa sociedade complexa e desigual.

**Palavras-chave:** Democracia. Dignidade humana. Justiça.

**Abstract:** The human dignity is a fundamental value for the democratic societies. In Brazilian society that has in its constitution the guaranty of rights as a reference non-negotiable and makers of their organization, people need to realize and enjoy their rights and most important values, of which we can highlight the freedom. The full exercise of freedom represents the politician majority and the conditions for social equity. The sentence of imprisonment, when needed, must aim the rehabilitation and reintegration of the individual in society. This reflection proposes a deeper debate on the severe deficiencies of the Brazilian prison system and the emergency of alternatives that aim the punishment of those who committed crimes and their social reintegration using methods that preserve human dignity and the status of subject of rights of those involved. Stands out: the privatization of prisons, the electronic monitoring of prisoners and the restorative justice. This debate is essential to the conditions of justice in a complex and unequal society.

**Keywords:** Democracy. Human dignity. Justice.

## Introdução

Considerando as deficiências existentes no sistema prisional brasileiro e sua consequente impossibilidade de efetivar a dignidade humana daqueles que ali cumprem as penas, esta reflexão tem como objetivo mais importante propor o debate sobre a origem e finalidade da pena. Apresenta-se, também, algumas concepções sobre o tema. Atenta-se de maneira especial, para a possibilidade de aplicação de alternativas para a execução penal, cujo principal objetivo é a garantia de ressocialização com dignidade.

A Lei de Execuções Penais descreve como deve ser aplicada a pena e quais as garantias dadas ao detento, de acordo com o estabelecido na Constituição Federal. No entanto, o atual sistema penitenciário não vem obtendo êxito em suas prerrogativas, e sequer oferece aos presos as garantias mínimas previstas que garantem humanidade e dignidade, levando-o a tornar-se mais degenerado se comparado ao momento em que ingressou no sistema.

O processo de aplicação da pena contempla a concepção de alguns penalistas, confrontando as diferentes opiniões para melhor evidenciar as possibilidades de efetivar as determinações legais em vista das condições de justiça. O debate sobre o sistema carcerário, considerando sua precariedade, é fundamental para a sociedade brasileira e precisa envolver especialmente os poderes executivo, legislativo e judiciário, juntamente com as organizações sociais.

É notória a crise que existe no sistema carcerário brasileiro, particularmente, dominado pelas facções do crime organizado e outras formas de corrupção. As buscas de novas alternativas supõem, também, uma mudança estrutural e de concepção sobre os presos como sujeitos de direito. Para dar conta desse debate, no Brasil e em nível internacional, buscam-se medidas que possam substituir a pena de prisão por outras, como: a privatização dos presídios, o monitoramento eletrônico dos detentos e a justiça restaurativa. Essa nova postura tem como principais metas a diminuição da criminalidade, a ressocialização dos detentos, a recuperação da sua dignidade, tanto na prevenção de futuros delitos quanto evitaria possíveis reincidências.

## 1. Sobre o conceito e os objetivos da pena

A característica fundamental do ser humano é a sua necessidade de viver em sociedade onde as pessoas se reúnem, cultivam e realizam objetivos comuns. A existência de normas, acordos e tratados comuns é essencial porque garantem a satisfação das necessidades mais importantes, como as condições de vida, a proteção do patrimônio e outros. Nesse contexto a liberdade pode muitas vezes ser relativizada.

A aplicação de penas ou sanções visa coibir aquelas ações e condutas que ameaçam a vida em sociedade e a proteção dos bens mais importantes. Para Aníbal Bruno (*apud* SHECAIRA, 2002, p. 182), “pena é a sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime”

Sendo o homem violento por natureza, diz-se que o primeiro ramo do Direito concretamente concebido, antes mesmo de existir qualquer resquício de organização estatal, foi o Direito Penal, mais especificamente aquele alusivo à hoje denominada parte especial dos atuais códigos penais, pois, de plano, buscou-se estabelecer quais seriam as condutas consideradas proibidas, bem como suas respectivas sanções. Ester Eliana Hauser descreve sobre os fins da pena: “Ela é o instrumento que permite a realização da unção do sistema penal. A pena assume, assim, por seu caráter instrumental a finalidade do próprio sistema. De modo que para compreender a função do sistema penal precisamos desvendar os fins da pena, eis que aquele busca seu fundamento e conseqüente legitimidade nesta finalidade. Então somente fins legítimos e realizáveis justificam o sistema dando-lhe um caráter de racionalidade e legitimidade, e não de arbitrariedade” (1997. p. 7).

Segundo o ensinamento de Hauser, o atual sistema penal é construído sobre dois pilares basilares: a incriminação de comportamentos considerados lesivos a determinados bens e interesses, e a penalização daqueles que tiverem tais comportamentos. Portanto, em seu entendimento, pena é a reação ao ato danoso conceituado como crime, que ofenda a um bem juridicamente protegido.

As teorias que tentam justificar a aplicação da pena foram divididas em duas grandes vertentes: as Teorias Absolutas e as Teorias Relativas. A primeira concebe pena como um fim em si mesma, prescindindo de qualquer outra finalidade; enquanto que a segunda baseia-se na ideia de defesa social, entendendo ser a função da pena, inibir o quanto possível, a prática de novos delitos. Diante das vertentes apontadas, em suma, deve-se punir para: compensar uma prática delituosa, intimidar a ação de futuros delinquentes, consolidar o sentimento de confiança na lei, proteger temporariamente a sociedade das ações do criminoso e reabilitar o infrator.

Após os pensamentos iluministas, o Direito Penal passou a ser estudado de forma mais científica e metodológica. E, a partir de então, os estudiosos não mais se limitaram ao exame da legislação, passando a desenvolver conceitos e teorias jurídicas, sociais e antropológicas, dividindo de forma abrangente o fenômeno criminal, bem como a verdadeira função de alguns institutos penais. As Escolas Penais constituíram sistemas de teorias político-jurídicas e filosóficas que expressavam o pensamento dos juristas sobre as questões criminais fundamentais, firmando uma doutrina sobre o Direito Penal com a finalidade das penas e o direito de punir. Dentre as escolas penais destacam-se a Escola Clássica e a Escola Positiva.

Os clássicos afirmavam que o crime é ato de livre arbítrio do indivíduo, o qual escolhe entre o bem e o mal. Foi sobre esta concepção que se assentou a construção teórica do sistema punitivo clássico que por quase cem anos delimitou um Direito Penal do fato e teve como principal expoente Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria: “[...] baseado na noção (liberal) de livre-arbítrio e responsabilidade moral, no qual a imputabilidade e a gravidade objetiva do crime constituem a medida para uma penalidade dosimétrica, vista, então, como retribuição proporcionada ao crime, com uma rígida vigência do princípio da legalidade dos delitos e das penas” (ANDRADE, 2003. p. 59).

A pena criminal é retributiva ao mal causado, ou seja, é um mal justo que se contrapõe ao mal injusto, não assumindo caráter utilitarista<sup>1</sup> (recuperação, prevenção de crimes e defesa da sociedade) o que não significa dizer que os clássicos tenham ignorado todo o fundamento utilitário da pena.

---

1 Doutrina que diz que a pena deve ter sua utilidade que seria a recuperação do delinquent e sua reinserção social.

A escola positiva pode ser dividida em três fases e cada uma delas tem seu principal representante, que são: Cesare Lombroso (1835-1909), Rafael Garofalo (1851-1934) e Eurico Ferri (1856-1929). Primeiramente teve-se a fase antropológica, de Cesare Lombroso, médico, que desenvolveu a ideia da existência de um criminoso nato. Estudou o cadáver de diversos criminosos, procurando encontrar elementos que os distinguissem dos demais homens. Após anos de pesquisa declarou que os criminosos já nasciam delinquentes e que apresentavam deformações e anomalias anatômicas, físicas e psicológicas que o levam a prática do delito. Em um segundo momento surge à fase jurídica, de Rafael Garofalo, partindo do darwinismo social (aplicação da teoria da seleção natural de Darwin à sociedade), tratava com certo ceticismo a readaptação do criminoso, assumindo posições radicais em favor da pena de morte aos delinquentes que não tivessem absoluta capacidade de adaptação, eliminando-os da sociedade. A preocupação não encontrava-se somente com a correção (recuperação), mas com a incapacitação do delinquente (prevenção especial sem objetivo ressocializador). Por fim tem-se a fase sociológica de Eurico Ferri, considerado o criador da sociologia criminal, que seguiu o pensamento dos seus antecessores, Lombroso e Garofalo, conforme Bitencourt (2009, p.59), aderindo o fundamento principal do positivismo: a defesa social e a prevenção mediante intimidação; porém deu ênfase em sua tese para o papel ressocializador da pena, acreditando assim, que grande parte dos criminosos era passível de correção, sendo apenas alguns dos criminosos habituais (a minoria) seriam inadapáveis. Também, foi responsável pela expansão do trinômio causal do delito, embasado em fatores antropológicos, sociais e físicos. Atualmente, a pena tem uma tríplice finalidade: retributiva, preventiva e ressocializadora.

A história humana não pode ser desvinculada do Direito Penal, pois o crime acontece desde o princípio, confundindo-se com a própria história da humanidade. Ela surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, tal qual sombra sinistra, nunca dele se afastou. Por outro lado a história do Direito Penal se confunde com a história da pena, tendo em vista que para toda transgressão torna-se necessário um ordenamento coercitivo capaz de garantir a convivência harmoniosa nas sociedades.

O Direito Penal pode ser analisado em períodos históricos, os quais não guardam absoluta independência entre si, mas permeiam-se, misturam-se, porém cada fase possui suas características próprias. Tais fases são denominadas de vingança privada, vingança divina, vingança pública, período humanitário e período científico ou criminológico.

Com a finalidade de evitar o retrocesso a uma vingança privada ou divina, o Estado é eleito, em virtude de sua soberania, como detentor do monopólio do poder punitivo, capaz de impor sanções penais de forma coercitiva a quem viola os direitos fundamentais de outrem, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, etc. A aplicação de penalidades por parte do Estado, todavia, somente será legítima se forem respeitadas as finalidades da pena e o respeito aos direitos e garantias individuais e sociais.

## 2. A evolução e os objetivos da pena privativa de liberdade

A humanidade experimentou inúmeras penas ao longo da história com o objetivo de coibir, corrigir e unir os delitos praticados. Já na antiguidade, eram comuns as penas de expulsão quando um indivíduo praticava um crime contra indivíduos do mesmo grupo e a guerra de sangue quando o delito fosse praticado contra membro de outros grupos rivais. Nesse período a pena consistia em pura vingança. Segundo Bitencourt (1993, p. 14), na maioria das culturas da antiguidade, as penas eram as mais terríveis possíveis, como a pena de morte, o banimento, o açoitamento, as amputações, o espancamento e vários tipos de torturas.

Os principais doutrinadores penais são praticamente unânimes em admitir que a pena privativa de liberdade, assim como o sistema penal, é algo novo e teve a influência dos pensadores do período iluminista, com destaque especial para Beccaria, que em sua obra “Dos delitos e das penas” começou a ecoar a voz da indignação com relação às penas desumanas, as quais estavam sendo aplicadas sob a

falsa bandeira da legalidade. Conforme ensina Bitencourt (1993, p. 14), “a antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade, estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões.”

O certo é que cativeiros e calabouços sempre existiram, porém não possuíam um caráter de pena em si mesma, mas serviam como local de custódia onde os réus ficavam detidos nas prisões até que fossem julgados ou executados. Quem nunca ouviu a história Bíblica de José “o jovem sonhador” que foi preso para aguardar seu julgamento por ter sido acusado pela mulher de seu senhor “Potifar”, de tentativa de estupro. Esse fato aconteceu no Egito, cerca de 2.500 anos antes de Cristo, conforme relato do livro de Gênesis (39, 20). “E o senhor de José o tomou e o entregou na casa do cárcere, no lugar onde os presos do rei estavam presos; assim, esteve ali na casa do cárcere”.

Como já demonstrado, prisão não era a pena em si mesma, e sim apenas um lugar onde o acusado esperava sua sentença, conforme ensinamentos do professor Mirabete: “Antes do século XVII, a prisão era apenas um estabelecimento de custódia, em que ficavam detidas pessoas acusadas de crime, à espera da sentença, bem como doentes mentais e pessoas privadas do convívio social por condutas consideradas desviantes (prostitutas, mendigos etc.) ou questões políticas” (1997, p. 26).

A pena privativa de liberdade foi uma inovação no mundo do direito, que teve toda sua filosofia criminal questionada, principalmente, por Beccaria, que queria mais justiça e proporcionalidade na aplicação das penas, conforme ensina Muakad: “A privação de liberdade já representou algum freio do comportamento humano, sendo vista com respeito ou, pelo menos, conseguindo, em uma determinada época da história, fazer surtirem os efeitos da política criminal. Enfim, olhando-se para o passado, verificar-se-á que as penas privativas de liberdade, mesmo cumpridas em regime fechado, representaram um progresso no sistema penitenciário vigente até então”. (1996. p. 48).

No Brasil, segundo o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal e artigo 32 do Código Penal, a pena privativa de liberdade é a mais grave das sanções previstas e é conceituada por Monteiro de Barros (1997, p. 72) como: “A que restringe o direito de ir e vir do condenado, infligindo-lhe um determinado tipo de prisão” que pode ser a reclusão ou a detenção, com o objetivo de proteger bens que são juridicamente tutelados. A Constituição Federal, nos artigos 1º e 5º proporcionam ao preso, todas as garantias fundamentais de um Estado Democrático de Direito, exceto à privação de liberdade, fato pelo qual podemos dizer que todos os direitos que são assegurados aos que não transgrediram a lei também são assegurados aos presos. O país possui uma Constituição Cidadã e um Estado Democrático de Direito onde todos são vistos como sujeitos de direitos, porém a realidade dos presídios demonstra que algo precisa ser mudado quanto à efetivação das garantias a serem aplicadas aos detentos brasileiros.

A pena privativa de liberdade que por óbvio, é cumprida em estabelecimentos prisionais, isto é, em uma instituição totalitária, que segundo Thompson (1993, p. 22): “envolve o indivíduo a ela submetido em toda a extensão de sua personalidade”, com seu pequeno espaço, torna-se um obstáculo no atendimento das necessidades para efetivar a ressocialização. Dessa forma, as instituições totais se caracterizam pelo seu fechamento, trazendo uma grande barreira entre o mundo interno e o mundo externo. As características de uma instituição total são descritas por Bitencourt:

A instituição total, envolvente por natureza, transforma o interno em um ser passivo. Todas as suas necessidades, de vestuário, lazer, etc., dependem da instituição. O interno pode adaptar-se facilmente a modos de ser passivos, encontrando o equilíbrio ou gratificação psicológica em seu exercício. Na instituição total, geralmente, não se permite que o interno seja responsável por alguma iniciativa, e o que interessa efetivamente é sua adesão às regras do sistema penitenciário. (2004, p. 166).

Outro grande prejuízo à ressocialização é o que Orlando Soares (2003, p. 281) conceitua de “escola de crime” ou, na definição de Rodrigo Moretto (2005, p. 120), “a universidade do crime”, ou seja,

as penitenciárias, na contramão de sua finalidade, têm se tornado terrenos férteis para a criminalização:

Em regra, qualquer que seja o estabelecimento prisional, tudo ali contribui para o aniquilamento do interno: a promiscuidade, a vida em massa, os castigos degradantes, as humilhações, a convivência com os piores facínoras, as aberrações e violências sexuais, a ociosidade, as violações dos direitos humanos, a convivência homossexual, a perda de contato com a sociedade em geral, a privação do relacionamento familiar, até mesmo o aspecto um tanto caricaturesco das chamadas visitas íntimas, quando a esposa ou companheira do interno penetra em sua cela, sob os olhares curiosos e cobiçantes dos demais, que muitas vezes permanecem solitários, sem ter alguém quem os visite. (SOARES, 2003. p. 281).

O presídio central de Porto Alegre é apenas um exemplo de tantas penitenciárias existentes no país, onde os presos são obrigados a conviver com pessoas que possuem vários tipos de doenças em uma mesma cela apertada. Veja o comentário da entrevista realizada por Luiz Flávio Gomes em um presídio do Espírito Santo e publicada posteriormente em artigo pela Jusbrasil:

Vários estão doentes e dividem apenas dois banheiros. A grande maioria é preso provisório, jovens que foram pegos no crime. “Os banheiros estão entupidos. Tem preso com tuberculose, gonorréia. Todo mundo tem que revezar entre as redes e ficar agachado. Um dorme um dia, outro dorme no outro. Tem rato e barata na caixa d’água, infiltração”, descreveu, com o rosto entre as grades, Jefferson Rodrigo, 22 anos, que cumpre pena por assalto à mão armada. “Aqui só gera mais ódio e raiva. Nossa família vem aqui e nos vê nessa humilhação. Quem está aqui porque roubou vai sair querendo matar para descontar tudo”, desabafou. Alguns centímetros acima de Rodrigo, com pelo menos mais dois presos entre eles, Francis Pinheiro, 27 anos, detido por furto, relatou uma sensação de sufocamento: “A gente respira o ar que sai da boca do parceiro.” Segundo outro companheiro de cela Caio César, 19 anos, preso por roubo à mão armada, lá dentro “tem epidemia de furúnculo, coceira, muita dor de barriga.” Disponível em: (GOMES, 2011, s/p.).

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a população carcerária do Brasil no ano de 2009 era 473.626 pessoas, sendo que havia apenas 294.684 vagas, isto corresponde a 50% superior a capacidade, estes dados em linhas gerais, sendo que em algumas penitenciárias a superlotação supera a 100%. Esta realidade pode ser vista em todos os Estados brasileiros, sendo o mais grave problema que aflige nosso sistema prisional, trazendo todo tipo de consequências, como, por exemplo, propagação de bactérias e toda sorte de doenças. Estes são apenas exemplos da situação carcerária do País, que necessita tomar sérias providências a fim de melhorar a estrutura física dos estabelecimentos prisionais, pois devido a superlotação muitos presos dormem no chão de suas celas, às vezes no banheiro, junto ao buraco do esgoto e outros amarrados às grades das celas ou pendurados em redes, alimentando grande indignação contra tudo e contra todos. Nestas condições que vivem, falar em ressocialização é apenas uma grande falácia.

O Estado, através dos presídios, está formando criminosos, agravando o problema da criminalidade. É claro que não há “soluções mágicas” para os problemas sociais, contudo, existem caminhos que podem ser seguidos no sentido de minimizar a médio prazo, e talvez até resolver em longo prazo a crise que se instaurou no sistema carcerário brasileiro. Além de trabalhar com políticas de base, fornecendo subsídios necessários para que a população de baixa renda tenha condições de crescer e desenvolver, como educação, saúde, moradia, emprego, formação profissional, entre outras iniciativas que previnam a disseminação do crime em sua origem. Hoje, já existem alternativas que estão sendo elaboradas e aplicadas em alguns países europeus e norte americanos para atuar nos casos em que a prevenção não chegou a tempo e o crime já ocorreu, são medidas que buscam amenizar as agressões da prisão tradicional, levando em conta a dignidade do preso, buscando resgatar os princípios e finalidades que legitimam o Estado na aplicação da pena. Essas alternativas apresentam-se com base eficaz na prevenção do delito e na restauração do agressor, se comparado ao sistema majoritariamente adotado.

### 3. O debate sobre as principais propostas de substituição da pena privativa de liberdade

Considerando a precariedade do sistema carcerário brasileiro e dos limites das normas, a sociedade precisa encontrar alternativas para, de um lado coibir os delitos e, por outro, responder às exigências de tratar os presos com dignidade e ressocializá-los, que é o principal objetivo de uma pena. Nesta busca, os poderes executivo, legislativo e judiciário procuram medidas no sentido de substituir a pena privativa de liberdade, como é o caso da nossa Lei Estadual nº 13.044/08 que autoriza o monitoramento de presos com uso de tornozeleiras, ou as iniciativas de privatização dos presídios, que já ocorrem em três estabelecimentos prisionais no Brasil, ou ainda a nova tendência de origem européia: a Justiça Restaurativa.

Embora as três alternativas sejam diferentes em sua aplicabilidade, divergentes do ponto de vista filosófico e jurídico, defendidas por doutrinadores com pontos de vista opostos sobre a Justiça Criminal (exemplo dessa diferença pode ser encontrado entre o doutrinador Fernando Capez, que defende a privatização dos estabelecimentos prisionais e os doutrinadores garantistas que defendem a Justiça restaurativa). Todos serão analisados por apresentarem um ponto convergente (pelo menos na promessa): acabar com a superlotação dos presídios e garantir aos apenados as condições mínimas de dignidade da pessoa humana.

O monitoramento eletrônico (tornozeleiras) já vem sendo usado em vários países e são apresentados em duas tecnologias de funcionamento: o primeiro consiste no monitoramento dos apenados via satélite (GPS) enquanto o outro, por frequência de rádio (IRF), emite um aviso ao operador do sistema que imediatamente informa a autoridade policial local, por exemplo, quando o apenado ultrapassa os limites definidos, no caso de uma prisão domiciliar. Hoje o mecanismo parte de uma ideia de que quem um dia cumpriu pena é considerado criminoso e por esse motivo deve ser vigiado, com isso aplica-se aos regimes aberto e semi-aberto, como um complemento

à punição original. O que se precisa é uma lei que regulamente o uso de tal tecnologia em substituição à prisão, ao menos de réus primários, que cometeram algum delito, mas não são perigosos diante da sociedade, para que os mesmos não tenham que ficar nos presídios superlotados do país, em companhia de elementos que possuem muita experiência no crime, onde se torna impossível a ressocialização.

Como ressocializar um indivíduo sem o inserir na sociedade? Com as tornozeleiras o delinquente poderá (pelo menos enquanto réu primário, cuja porcentagem em nossos presídios ultrapassa os 50%) continuar trabalhando, estudando e procurando uma vida que o distancie do crime. Não se está falando em impunidade, de modo nenhum, pois existem no sistema brasileiro, várias alternativas, para que mesmo o indivíduo não estando atrás das grades, sinta o poder do Estado lhe cobrando pelo delito.

Apresenta-se a privatização como um meio de evitar a superlotação e garantir um mínimo de dignidade ao apenado, pois conforme Fernando Capez em entrevista à Vilbégina Monteiro, divulgada no site *Datavenia*, a privatização é uma necessidade:

É melhor que esse lixo que existe hoje. Nós temos depósitos humanos, escolas de crime, fábrica de rebeliões. O Estado não tem recurso para gerir, para construir os presídios. A privatização deve ser enfrentada não do ponto de vista ideológico ou jurídico, se sou a favor ou contra. Tem que ser enfrentada como uma necessidade absolutamente insuperável. Ou privatizamos os presídios; aumentamos o número de presídios; melhoramos as condições de vida e da readaptação social do preso sem necessidade do investimento do Estado, ou vamos continuar assistindo essas cenas que envergonham nossa nação perante o mundo. Portanto, a privatização não é a questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível; é um fato. (2011, s/p.).

Os Estados brasileiros estão em constante crise financeira e com essa falta de verba o fator criminológico tem se agravado diante da omissão dos setores públicos. A experiência mostra que o Estado não tem condições ou não quer agir no sentido de construir um sistema carcerário que ofereça dignidade ao detento, fornecendo uma estrutura onde se torne possível falar em ressocialização.

A privatização foi uma das alternativas utilizadas por países desenvolvidos para dar fim à crise do sistema, unindo a qualidade do serviço privado aos fins propostos pela aplicação da pena privativa de liberdade. De forma que, as verbas do Estado possam garantir programas de prevenção primária ao crime com políticas públicas voltadas às populações que se encontram em áreas de risco e de pobreza, evitando o surgimento de novos detentos em um futuro próximo, ou seja, uma nova geração de infratores.

Existem dois modelos de Privatização de presídios: o modelo Norte Americano e o modelo Francês. Conforme informações constantes no site da OAB/MS, nos Estados Unidos a privatização é total, abrangendo a direção e gerenciamento do preso à iniciativa privada, que o acompanhará até o final de sua pena, ficando o detento inteiramente nas mãos do administrador. A aplicação desse sistema seria inconstitucional em nosso país, pois a Carta Magna torna indelegável o poder jurisdicional do Estado, que contempla o tempo da prisão e a execução penal. Para que tal modelo seja implantado no Brasil é necessária uma modificação em nossa constituição, fato que pode ser repensado pelos legisladores tendo em vista que já deu certo no sistema penitenciário americano. Já no modelo Francês, o qual não encontra restrição legal para sua implantação no Brasil, o Estado permanece junto à iniciativa privada em uma gestão mista dos estabelecimentos penitenciários. Isto significa que, o Estado continua com a direção geral, administração da pena, segurança externa dos estabelecimentos e com a função jurisdicional; cabendo ao ente privado a construção dos presídios e seu gerenciamento, incluindo a guarda interna dos apenados, e toda a parte de desenvolvimento das atividades dos presos como trabalho, educação, saúde física e mental, alimentação, transporte, laser, assistência social e espiritual.

A Justiça Restaurativa é um novo modelo de justiça que veio para somar com a justiça tradicional afim de diminuir o clima de insegurança que é sentido pela sociedade. Seu objetivo está voltado para a resolução dos problemas onde as pessoas afetadas diretamente pelo crime terão a oportunidade de conversar e entender a causa real do conflito, com o objetivo de restaurar a harmonia entre as partes e determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado.

É uma abordagem ao crime como um problema com a sociedade e que deve ser resolvida a partir desta, observando um conjunto de princípios norteadores entre indivíduos e comunidades, de modo a criar uma sociedade mais civilizada. Pode ser visto como uma filosofia, pois é uma nova forma de se fazer justiça, é uma mudança de paradigma, ou seja, uma nova forma de olhar e pensar o crime. Para Pedro Scuro Neto,

fazer justiça do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem a oportunidade de participar do processo restaurativo. (2000, p. 22).

Para uma melhor compreensão da filosofia adotada pela justiça restaurativa demonstram-se algumas diferenças adotadas em comparação com a justiça convencional, a qual possui em seus moldes atuais um caráter retributivo:

<i>JUSTIÇA RETRIBUTIVA</i>	<i>JUSTIÇA RESTAURATIVA</i>
Aborda o crime a partir do criminoso	Aborda o crime a partir do contexto social
O comportamento indevido gera culpa	O comportamento indevido gera responsabilidade e obrigações
A culpa é absoluta, ou é culpado, ou não é	A culpa gera graus de responsabilidade
A ofensa é redimida assumindo o castigo	A ofensa é redimida com o arrependimento e a reparação
A ofensa é contra a sociedade em abstrato	A ofensa é primeiro contra a vítima
Uso dogmático do Direito Penal Positivo	Uso crítico e alternativo do Direito Positivo
O ritual é solene e público	O ritual é comunitário com as pessoas envolvidas
O processo decisório fica a cargo das autoridades	O processo decisório é compartilhado com as pessoas envolvidas
As penas são privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.	As penas são pedido de desculpas, reparação, restituição, prestação de serviços comunitários.

Fonte: adaptado pelo autor da Coletânea de artigos do Ministério da Justiça e 2 Seminários de Justiça Restaurativa, 2011.

A meta dessa alternativa ao direito penal é manter um alto controle (disciplina, limites) e um alto apoio (encorajamento, sustentação) ao infrator que será responsabilizado pelos danos cometidos, tendo o dever de reparar o dano causado, conforme decisão final onde todos, inclusive as partes possuem participação, e ao mesmo tempo recebe apoio no sentido de não retornar à prática de infrações penais.

Para Zher (1990) citado por Leoberto Brancher<sup>2</sup>, no 1º Seminário de Justiça Restaurativa, realizado na Faculdade Anhanguera, Passo Fundo, nos dias 1 e 2 de setembro de 2011: “a verdadeira responsabilidade consiste em olhar de frente para os atos que praticamos, significa estimular o ofensor a compreender o impacto do seu comportamento, os danos que causou e instá-lo a adotar medidas para corrigir tudo que for possível.”

Segundo Brancher em dados oficiais do Rio Grande do Sul, em apenas 16,8% dos casos, as partes aceitavam a troca da justiça penal pela justiça restaurativa a qual é por adesão e aplicada aos crimes onde há uma vítima definida e o ofensor não nega os fatos. Tanto o agressor quanto a vítima tem que concordar em negociar, mesmo que em alguns casos a vítima seja representada. A baixa aceitação faz parte de nossa cultura que ainda é de retribuição e porque não estamos prontos para perdoar uma transgressão. Em suas palavras “quando ao invés de matar uma formiga que nos mordeu, formos capazes de retirá-la e colocá-la em um local seguro seremos plenamente capazes de entender a filosofia da justiça restaurativa.”

Os Modelos de Justiça Restaurativa predominantes são: a mediação, as conferências e os círculos de sentença. A mediação ocorre entre a vítima e o agressor orientado pelo mediador, este modelo apresenta apoio a ambos, orientando ao agressor sobre os danos causados à vítima através de sua ação criminosa e buscando conscientizá-lo de que deve reparar o prejuízo causado, e a vítima deve ser orientada para que apresente ao agressor seu sofrimento e busque o ressarcimento como forma substitutiva ao encarceramento.

---

2 Juiz de direito, coordenador do Núcleo de Justiça Restaurativa da Escola da AJURIS.

O importante na Justiça Restaurativa é a revolução na forma de pensar o crime, poder dissociar a ação do agente, isto é, ele não é um criminoso, e sim, ele fez um ato considerado inaceitável que chamamos de crime. Até por que o ato considerado como crime tem muito a ver com o local e o tempo, isto significa que o que é crime no Brasil pode não ser crime em outro país; o que foi crime no passado hoje já não é mais considerado como ato criminoso, como por exemplo, o adultério e o consumo de drogas. Por esse e muitos outros fatores a Justiça Restaurativa busca trazer ao centro do processo a vítima, o agressor e a sociedade para debater, em igualdade equitativa de condições, a agressão, e decidir o que é considerado a melhor forma de punir àquele ato ocorrido em contexto histórico e social específico.

Estas alternativas apresentam-se como “válvulas de escape” para a crise do sistema carcerário, tendo em vista a situação desumana de quem incorre em um ato considerado criminoso. É por causa da ineficácia do atual sistema que surgem alternativas que valorizem a dignidade do ser humano, mesmo sabendo que é merecedor de punição justa por sua conduta.

## Conclusão

A situação em que se encontram os estabelecimentos prisionais no Brasil, atualmente, desafia a capacidade reflexiva e propositiva da sociedade e dos gestores públicos no sentido de encontrar formas de combater e prevenir a superlotação, concretizar a ressocialização e garantir a efetivação do princípio da dignidade humana. Sendo que, as principais tendências abordadas nessa reflexão primaram por esse objetivo.

Destaca-se que a garantia da dignidade humana é o modo privilegiado de ressocialização do preso e, também, referência para que não tenha motivos para reincidir no erro cometido.

O debate ocorre em muitos contextos, normalmente centrado nos problemas da segurança, entretanto, são insuficientes as propostas que tem como meta oferecer alternativas de recuperação ou oportunidades para que o preso possa reorganizar a sua vida individual, familiar e social. As deficiências começam nas políticas de prevenção, nas oportunidades de profissionalização, na organização do espaço urbano de lazer e do cuidado com o equilíbrio social. A sociedade normalmente prefere condenar aqueles que não agem como ela espera, ao invés de apoiar a busca de soluções que podem corrigir os problemas na sua origem.

São inúmeras as influências que levam uma pessoa a cometer certos erros ou crimes, por isso não se pode restringir a abordagem apenas a fatores de ordem social. Entretanto, no Brasil existem inúmeras evidências que denunciam as desigualdades como o principal fator de origem da delinquência, simbolizado no jargão: “são somente pobres e pretos que vão para a cadeia”.

A pena privativa de liberdade é a solução para diversos delitos, especialmente os crimes, entretanto os estabelecimentos prisionais brasileiros tornaram-se “uma fábrica de criminosos”. As alternativas apresentadas representam a evolução da comunidade acompanhada das novas tecnologias como importantes meios que auxiliam a recuperação das pessoas. Da mesma forma indicam para a adoção de medidas mais humanas e equitativas conformes aos Direitos Humanos. O cumprimento de uma pena não pode ser acompanhado pela perda da dignidade humana. É essencial a mudança de atitudes.

Esse é um debate que contribui com as pessoas e instituições comprometidas com os Direitos Humanos e com os responsáveis pelas políticas de recuperação e ressocialização dos presos. A correção das injustiças está diretamente relacionada com a garantia dos direitos. Uma sociedade democrática tem sua identidade pautada pelo compromisso com a garantia dos direitos e não com seu controle ou negação. A mudança do sistema prisional brasileiro e a adoção de penas alternativas à privação da liberdade representam a evolução da democracia, e é por isso que esse debate precisa ser permanente.

## Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal Parte Geral*. São Paulo. Saraiva. 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

CAPEZ, Fernando. *Privatização dos presídios*. Disponível em: <<http://datavenia.net/entrevistas/000012032002.htm>>. Acesso em: 12/0911.

*Coletânea de artigos e 2 Seminários de Justiça Restaurativa*. Passo Fundo e Porto Alegre. Disponível em: <[http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca\\_restaurativa.pdf](http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca_restaurativa.pdf)> Acesso em: 12/09/11.

DEPEN – *Departamento Penitenciário Nacional*. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>>. Acesso em 10/08/11.

GOMES, Luiz Flávio. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1273354/situacao-caotica-dos-presidios-brasileiros-vergo-nha-que-nos-distancia-da-civilizacao>> Acesso em: 12/09/11.

HAUSER, Ester Eliana. *A Pena e o Sistema Penal: Algumas considerações sobre a sua legitimidade*. Ijuí. Unijuí, 1997.

MIRABETE, Julio e FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 24. ed. revista e atualizada, São Paulo: Atlas S.A., 2.008.

MORETO, Rodrigo. *Crítica Interdisciplinar da Pena de Prisão: Controle do Espaço na Sociedade do Tempo*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2005.

MUAKAD, Irene Batista. *Pena Privativa de Liberdade*. São Paulo: Atlas, 1996.

NETO, Pedro Scuro. *Modelo de Justiça para o século XXI*. Revista da Emarf, Rio de Janeiro, v. 6, 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da Pena*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.

SOARES, Orlando. *Curso de Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

**Recebido em:** outubro 2011

**Aprovado em:** novembro 2011

## QUEM PODE MENOS PAGA MAIS: TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO NO BRASIL E DEMOCRACIA

### WHO CAN PAY LESS PAY MORE: TAXATION ON CONSUMPTION IN BRAZIL AND DEMOCRACY

*Rafael Santos de Barros e Silva\**  
*Valcir Gassen\*\**

**Resumo:** A tributação brasileira incidente sobre a matriz do consumo tem sido muito pouco compreendida não só por aqueles que sofrem tal incidência, mas também pela jurisprudência criada no âmbito dos tribunais superiores. Diversas confusões conceituais têm sido verificadas a respeito dos elementos da relação jurídica que envolve a tributação sobre o consumo. A concentração da tributação no consumo implica regressividade fazendo com que os cidadãos de menor poder aquisitivo tenham maior parcela de seus rendimentos subtraída pelo pagamento dos tributos embutidos nos preços das mercadorias. Na medida em que a carga tributária nacional retira mais daqueles que menos possuem, verifica-se uma violação direta aos Princípios da Isonomia, da Capacidade Contributiva, da Pessoaalidade na Tributação, os quais representam o viés democrático que deve existir na captação de receitas derivadas por um Estado de Direito.

**Palavras-chave:** Brasil; consumo; jurisprudência; regressividade; tributação.

\* Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB).

\*\* Doutor em Direito. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

**Abstract:** The Brazilian tax levied on the consumption matrix has been poorly understood, not only by those suffering such an impact, but also by the common law under the higher courts. Several conceptual misinterpretations have been verified concerning the elements of the legal relationship involving the taxation on consumption. The concentration of taxation on consumption prompts to low-income citizens to have a greater share of their income, deducted by the payment of taxes embedded in goods prices. Insofar as the national tax burden deducts more taxes from the poor, there is a direct violation of the Rule of Equality, Contributory Ability and Personhood of Taxation, which represent the democratic bias that must exist in the revenue inflow derived through a rule of law.

**Keywords:** Brazil; consumption; jurisprudence; regressive; taxation.

## Introdução

O presente trabalho teve origem nos estudos desenvolvidos na disciplina “Direito Tributário: equidade e eficiência na matriz tributária brasileira”, ministrada no Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Dois são os objetivos propostos. O primeiro é esclarecer a tributação sobre o consumo no Brasil, tendo em vista a existência de muitas confusões conceituais que têm sido verificadas na jurisprudência pátria, a ponto de o Superior Tribunal de Justiça ter afirmado textualmente que o consumo não seria fato gerador do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços – ICMS<sup>1</sup>. O segundo objetivo, com base na análise de dados estatísticos disponibilizados pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA e pela Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRF consiste em expor a má

---

1 BRASIL. REsp 903.394/AL, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 26.04.2010: “Nos termos da Constituição e da LC 86/97, o consumo não é fato gerador do ICMS”.

distribuição da carga tributária em nosso país e as consequências que isso traz para um país que busca se afirmar como um Estado Democrático de Direito.

Nas linhas que se seguem, buscar-se-á explicar a tributação sobre o consumo no Brasil; estabelecer um critério para identificar quais tributos fazem parte dessa matriz; analisar como os tribunais superiores têm entendido essas exações; expor a forma como tem sido estruturada a respectiva política tributária em nosso país; identificar quem são aqueles que mais arcam com o respectivo encargo; e, ao final, afirmar que tal tributação em nosso país funciona como um dos fatores que geram déficit democrático.

Como base na análise de recentes dados estatísticos disponibilizados pelo IPEA e pela SRF, verificar-se-á que no Brasil é a população mais carente quem arca com a maior parte da arrecadação tributária nacional e a mudança deste panorama apenas pode ser alterado por uma medida de política fiscal.

## 1. Conceito de tributo sobre o consumo

A dependência econômica do Estado Contemporâneo em relação aos seus cidadãos é um fenômeno complexo e a tributação seu elemento chave. Frente as demandas econômicas estatais elegem-se algumas situações econômicas do cotidiano dos cidadãos, no caso, na condição de contribuintes, para gerar obrigações tributárias. A escolha de qual atividade econômica do contribuinte dará ensejo a cobrança do tributo recai, na maior parte dos países, sobre a renda, patrimônio e consumo. O fato de obter renda, deter patrimônio e consumir bens e serviços importa em pagar tributos com o escopo de manter o Estado e suas atividades.

Considerando que o objeto do estudo aqui proposto é a tributação incidente sobre o consumo e a relação com a construção de um Estado Democrático de Direito, é necessário esclarecer este campo de incidência tributária, ou este aspecto da matriz tributária.

A Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE – estabelece que tributos sobre o consumo são “aqueles que se pagam no contexto da utilização de bens e serviços finais no país onde são consumidos”<sup>2</sup>.

O conceito assim elaborado pela OCDE reporta-se a alguns aspectos de suma importância. O primeiro desses aspectos é a “utilização” de bens e serviços como fato presuntivo de riqueza. Nesse sentido, os tributos sobre a utilização podem ser vistos no sentido de uma “aquisição” de bens e serviços e no sentido de “uso” desses bens e serviços. No primeiro caso, o valor do tributo já integra o valor dos bens e serviços. Significa, por assim dizer, que eles “carregam” consigo o valor do tributo. No segundo caso, o tributo não integra o valor dos bens e serviços, o tributo ocorre a posteriori, no decorrer do uso destes.

Um segundo aspecto a ser salientado é a utilização de bens e serviços “finais”, isto é, evidencia-se, por um lado, que a incidência ocorre no final da cadeia produtiva, e por outro, que é o consumidor final quem pagará o tributo já repercutido no preço dos bens e serviços.

Denomina-se de “consumidor” o adquirente final das mercadorias e dos serviços. Portanto, depreende-se que são tributos indiretos, pelo fato de repercutirem sobre os consumidores e que sejam também denominados de tributos sobre o consumo<sup>3</sup>.

Constatado que, nos tributos indiretos, é o consumidor final quem paga os tributos incidentes pela aplicação do princípio da repercussão econômica, salienta-se que as mercadorias, objeto do comércio nacional ou internacional, carregam consigo o “peso” dos tributos e, por isso, oneram o consumo.

Nada obstante a possibilidade de “o uso” vir a ser fato gerador de um tributo sobre o consumo, importante assinalar que tanto a legislação positiva brasileira como a própria jurisprudência pátria,

---

2 Conceito ofertado pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OECD. Apud: BASTO, José Guilherme Xavier de. A tributação do consumo e a sua coordenação internacional. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1991. p. 1.

3 No Brasil, além dos “declarados” tributos sobre o consumo, existem outros que são repercutidos facilmente aos consumidores finais pela inclusão nos preços dos bens e serviços consumidos. A COFINS e o PIS/PASEP, que em termos formais incidem sobre o faturamento das empresas, são repassados aos consumidores.

afastam a possibilidade de tributação sobre alguns usos de bens ou serviços, valendo citar como exemplos dois enunciados de súmulas:

Súmula Vinculante 31: É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis.

Súmula 573/STF: Não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato.

Entende-se assim, que os tributos sobre o consumo possuem algumas características e que podem ser expostas de forma sucinta: (1) são tributos indiretos, ou seja, aqueles que repercutem financeiramente no adquirente final de mercadorias e serviços; (2) são aqueles que se pagam no contexto da “utilização” de bens e serviços finais no local onde são consumidos; (3) são os tributos que incidem sobre a despesa.

Em síntese, pode-se conceituar essa espécie de tributação na seguinte sentença: a oneração do consumo por meio de tributos que incidem na aquisição ou uso de bens ou serviços. Isto posto, trata-se-á em seguida dos tributos sobre o consumo e sua divisão em especiais e gerais.

## 2. Tributos especiais sobre o consumo

Na distinção entre tributos especiais e gerais sobre o consumo, os critérios adotados são a seletividade e a generalidade, assim como a indicação e a ausência de denominação dos bens e serviços objetos do tributo. Tomando por critério a seletividade e a generalidade da incidência tributária, pode-se inferir que tributo especial sobre o consumo é aquele em que a incidência “escolhe”, “seleciona” quais serão os bens e serviços que receberão o gravame; por outro lado, é tributo geral quando a incidência for “abrangente”, “geral”, isto é, quando a incidência for abrangente e não específica.

Considerando que, nos tributos sobre o consumo, às vezes se denomina de forma direta quais serão os bens e serviços gravados e noutras se afirma legalmente quais são os bens e serviços isentos, tem-se outro critério distintivo. O primeiro caso caracteriza o tributo especial sobre o consumo; o segundo caracteriza o tributo geral, pois, em regra, nesses não há indicação de quais serão os bens e serviços tributados, mas apenas uma relação daqueles que serão beneficiados pela isenção<sup>4</sup>.

Tributo especial sobre o consumo é, portanto, aquele que incide sobre algumas despesas individualizadas dos contribuintes e tributo geral é aquele que incide sobre a generalidade das despesas dos contribuintes, no caso, dos consumidores finais. Repara-se que a diferença entre uma e outra categoria dos tributos sobre o consumo é o tipo de “despesa”. Dessa forma, compreende-se melhor a classificação feita acerca do objeto dos tributos, tanto que, para alguns autores, os tributos incidem sobre os rendimentos, sobre o capital e sobre a despesa<sup>5</sup>.

Pode ocorrer que, na tributação especial do consumo, contempla-se uma vasta gama de bens e serviços a ponto de essa tributação especial ser quase “geral”. Não se pode, nesse caso, fazer uma confusão, concluindo que uma base de incidência mais ampla leve a considerar essa tributação como geral, pois mesmo assim serão seletivos e serão denominados os objetos contemplados pela incidência. Pode ocorrer, também, em hipótese, que, em um sistema tributário, se contemple tantas isenções que a tributação geral do consumo fique “limitada” a poucos bens e serviços, reduzindo, com isso, o campo de incidência tributária. Nem por isso, porém, deixará de ser tributação geral do consumo.

---

4 “Nos impostos especiais, a base de incidência é definida de forma directa, através da indicação dos bens que o imposto tributa; nos impostos gerais, a base de incidência é definida de forma residual, através da indicação dos bens sobre que o imposto não incide, ou seja, isentos”. BASTO, José Guilherme Xavier de. A tributação do consumo e a sua coordenação internacional. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1991, p. 15.

5 Também aceito como tributos sobre a renda, tributos sobre o patrimônio e tributos sobre a circulação. Atentar para o fato de que os autores utilizam tributos sobre a circulação, sobre a despesa e sobre o consumo como sinônimos ou próximo disso.

Têm sido objeto dos tributos especiais sobre o consumo, em termos de aquisição e incidentes sobre bens materiais, regra geral, as bebidas alcoólicas, os combustíveis e o tabaco. Esses são os produtos que, tradicionalmente, recebem o gravame dos tributos especiais sobre o consumo.

A finalidade de toda atividade tributária ou é fiscal ou é extrafiscal. Nos tributos especiais sobre o consumo, tem predominado o objetivo fiscal, sem, contudo, deixar de alcançar alguns objetivos extrafiscais como, por exemplo, desestimular o consumo do tabaco e das bebidas alcoólicas, pois são substâncias consideradas nocivas à saúde pública<sup>6</sup>. Para reforçar o conteúdo extrafiscal desses tributos, recorre-se ao princípio da seletividade, selecionando produtos reputados como supérfluos ou de luxo para serem gravados de determinada tributação.

Cabe lembrar, ainda, que, nos tributos especiais sobre o consumo, algumas vezes as alíquotas utilizadas são específicas expressando o encargo tributário por certa unidade de medida (peso, volume, espécie, quantidade). Nos tributos gerais sobre o consumo, as alíquotas, geralmente, são ad valorem, ou seja, expressam o encargo fiscal por um percentual do valor do bem tributado.

O ponto positivo na utilização de alíquota específica, feita em regra nos tributos especiais sobre o consumo, é que não se faz necessário fixar o valor dos bens, pois nesse caso se considera como base de cálculo cada unidade física, dispensando, portanto, a apreciação econômica de cada bem. De resultado contrário, têm-se dois efeitos: o primeiro é uma deterioração do valor da alíquota específica no caso da existência de inflação; o segundo é a regressividade desses tributos, pelo fato de a alíquota específica onerar proporcionalmente mais os bens de preço menor, que, de regra, são os de consumo popular<sup>7</sup>.

---

6 O discurso politicamente correto acerca dos danos causados pelo uso do tabaco e das bebidas alcoólicas – que justificam em grande medida a adoção dos tributos especiais sobre esses produtos – tem servido como fachada para a adoção dos tributos com finalidade eminentemente fiscal. Mesmo com carga fiscal elevada, o consumo desses produtos não diminui, portanto a finalidade extrafiscal não é atingida, mas tributam-se de igual forma, pois o discurso politicamente correto legitima a adoção dessa medida.

7 A vantagem da alíquota ad valorem é creditada ao fato de acompanhar a variação de preços, mas impõe-se como dificuldade a avaliação econômica das mercadorias.

### 3. Tributos gerais sobre o consumo e considerações sobre a cumulatividade e a não-cumulatividade

Os tributos gerais sobre o consumo, conforme considerado há pouco, são aqueles que incidem sobre as despesas gerais, não especificadas, do contribuinte. Estes tributos podem ser classificados em monofásicos e plurifásicos.

Os tributos monofásicos são aqueles que incidem sobre uma fase da cadeia produtiva. Podem incidir, portanto, no momento da produção, no momento do comércio atacadista ou no momento do comércio final ao consumidor. São ditos monofásicos pelo fato de ser a incidência “única” em uma dessas fases do processo produtivo.

Já os tributos plurifásicos são aqueles que incidem sobre mais de uma fase no processo produtivo, ou seja, incidem em todas as fases, por exemplo, quando um produtor vende um determinado bem a outro, este a um atacadista, este a um comerciante final e este ao consumidor final. Sendo plurifásico, não importam quantas forem as transações, importa que sobre todas elas incidirá o tributo sobre o consumo.

Um tributo sobre o consumo de tipo monofásico é, por sua natureza, um tributo não-cumulativo, pelo fato de incidir apenas uma única vez no processo produtivo. A não-cumulatividade - característica destes tributos monofásicos - será mantida se for respeitada a relação interna do processo produtivo, isto é, se na relação entre produtor-produtor, atacadista-atacadista e varejista-varejista, não incidir o tributo; escapa-se dos efeitos em cascata<sup>8</sup>.

Em uma cadeia produtiva vertical – em que o produtor de um determinado bem vende este ao atacadista, este ao varejista e o varejista ao consumidor final – a opção sobre o sujeito passivo do tributo

---

8 “Na literatura anglo-saxónica, o sistema é frequentemente designado ‘sistema do anel’ – ring system. A expressão é sugestiva. De facto, a lei define um ‘anel’ de contribuintes, que obriga a registo. No interior deste anel, as mercadorias circulam livres de imposto; só quando saem do anel – quer dizer, quando a transacção é entre um sujeito passivo e um não-sujeito passivo – há lugar à imposição”. BASTO, José Guilherme Xavier de. A tributação do consumo e a sua coordenação internacional. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1991. p. 36.

monofásico não faz grande diferença, ou seja, pode-se optar pela incidência tanto no produtor, no atacadista como ainda no varejista, que não ocorrerá a cumulatividade.

Todavia nem sempre o processo produtivo ocorre nesse sentido vertical. Não raras vezes um produtor transaciona um bem com outro produtor, e assim também entre atacadistas e varejistas, ou seja, em um sentido horizontal. Nesse caso, a escolha do momento em que ocorrerá a incidência do tributo monofásico ganha destaque para evitar-se a cumulatividade, pois se a escolha considerar como sujeito passivo o produtor, e este vier a vender o bem a outro produtor, haverá uma tributação em cascata.

Enquanto a relação for apenas entre contribuintes em um mesmo plano horizontal do processo produtivo, o correto seria a não incidência do tributo geral sobre o consumo monofásico para evitar-se a tributação cumulativa. Quando a relação for entre um contribuinte e um consumidor (de fora do sistema circular), poderá incidir o referido tributo, mas sem, com isso, acarretar a cumulatividade.

A técnica correta para evitar a tributação múltipla (cumulativa) nos tributos monofásicos tem sido o sistema de suspensão dos tributos entre os sujeitos passivos de uma mesma fase do processo produtivo. Somente quando ocorrer a relação entre um sujeito passivo de dentro de uma fase produtiva com outra é que deve haver a incidência.

Se a regra nos tributos gerais sobre o consumo de tipo monofásico é a não-cumulatividade, nos tributos de tipo plurifásico, eles podem ser cumulativos ou não-cumulativos. A cumulatividade e não-cumulatividade dos tributos gerais sobre o consumo plurifásicos não se vinculam necessariamente aos tributos sobre o valor agregado. Uma coisa é a técnica ou os princípios, outra é a “característica” principal de alguns tributos sobre o consumo em vista de torná-los não-cumulativos, como adiante se verá.

Nesse sentido, salienta-se que a “técnica” tributária da não-cumulatividade é hodiernamente considerada verdadeiro princípio de direito tributário. No caso do Brasil, princípio com guarida constitucional, tanto que prescreve a Constituição Federal no seu artigo 153, § 3º, II, quando trata do IPI, que este será “não-cumulativo”, ou ainda, quando cuida do ICMS, preceituando o mesmo no artigo 155, § 2º, I.

Alguns autores empregam a expressão subprincípio para designar a técnica utilizada na concretização de alguns princípios. Torres afirma que “subprincípios vinculam-se diretamente aos princípios e se situam na etapa seguinte da concretização dos valores. Já possuem maior concretude e menor abstração que os princípios e aparecem quase sempre por escrito no discurso da Constituição ou da lei”<sup>9</sup>. Data vênia, entende-se que a não-cumulatividade pode ser tomada na acepção de um princípio como também de uma técnica<sup>10</sup>.

Visto que os tributos gerais sobre o consumo plurifásicos podem ser cumulativos ou não-cumulativos, cabe a análise de cada caso, a começar pela cumulatividade.

Pode-se afirmar que um tributo é cumulativo quando incide sobre cada fase do processo produtivo em seu total, isto é, incide sobre o valor integral de um bem cada vez que ele for transacionado. Por exemplo, tributa-se um determinado bem quando ele for vendido pelo produtor ao atacadista em seu valor total; tributa-se novamente esse mesmo bem quando o atacadista vendê-lo ao comerciante e, ainda, tributa-se quando o comerciante vender o bem ao consumidor final. Considera-se como base de cálculo do tributo o valor integral do bem, e este conterà, em cada venda, embutido no seu preço, o custo e também o lucro auferido em cada etapa. No Brasil, é o que ocorre com a Cide-Combustíveis e, em alguns casos, com as contribuições para o PIS e COFINS.

Apesar de todas as críticas dirigidas aos tributos cumulativos, há que ser exposto que eles apresentam algumas vantagens, para o Fisco. Uma das vantagens da cumulatividade nos tributos sobre o consumo é que nestes se utiliza, em regra, uma alíquota pequena. Uma alíquota pequena não significa uma receita idêntica, pois, ainda que cumulativa, mesmo uma pequena alíquota traz uma receita considerável pelo efeito “cumulativo”, em “cascata”.

9 TORRES, Ricardo Lobo. IVA, ICMS e IPI. *Arquivos de Direito*, Rio de Janeiro, n. 2, v. 1, 1999, p 132.

10 A não-cumulatividade “é um princípio, quando enunciada de forma genérica, como está na Constituição, em dispositivo a dizer que o imposto ‘será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação (...) com o montante cobrado nas anteriores (...)’. Em tal enunciado não se estabelece exaustivamente o modo pelo qual será efetivada a não-cumulatividade. Não se estabelece a técnica. Tem-se simplesmente o princípio (...). A técnica da não-cumulatividade, a seu turno, é o modo pelo qual se realiza o princípio”. Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Aspectos fundamentais do ICMS*. São Paulo: Dialética, 1997.

Dessa constatação, decorre outra vantagem, que é representada pela pouca percepção que os contribuintes têm do quantum de tributos presentes quando da aquisição de uma mercadoria, o que ocorre pela dificuldade de visualização de todas as incidências tributárias no processo produtivo. Por ser cumulativo e as fases do processo produtivo serem muitas, o consumidor final não tem condições de aferir com facilidade o quanto de tributo está incluso no preço final de uma mercadoria.

Cabe notar que esse efeito de “anestesia fiscal”<sup>11</sup> é bastante perceptível nos tributos indiretos, cuja regra é a repercussão econômica e esta é a que lhes confere a espécie. Nos tributos diretos, pela ausência de repercussão, cada contribuinte tem como aferir de pronto o montante de tributo que está pagando. Dessa percepção decorre que os tributos indiretos são denominados, muitas vezes, de tributos “anestésiantes” e os diretos, de “irritantes”.

Das desvantagens dos tributos gerais sobre o consumo plurifásicos e cumulativos muito se fala. A primeira delas é a cumulatividade propriamente dita, em sentido estrito. Por exemplo, se um determinado bem passa do produtor ao atacadista, deste ao comerciante e deste ao consumidor final, tem-se a múltipla tributação.

Essa cumulatividade, como se percebe, onera os processos produtivos que estão em unidades isoladas (desintegradas), o que leva à integração vertical como medida para evitar a incidência de tributo sobre tributo. Nesse caso, em termos hipotéticos, pode o produtor unir-se ao atacadista, compondo, portanto, apenas uma fase do processo produtivo, isto é, uma integração vertical para escapar ao gravame tributário em cascata. Nessa união artificial, o contribuinte abrirá mão da produtividade e da eficiência na produção de uma mercadoria em troca de carga tributária menor. Assim, mercadorias de mesma natureza poderão ter cargas tributárias distintas, dependendo da existência real ou artificial de uma integração vertical ou de diferentes fases no processo produtivo.

---

11 “Por ‘anestesia fiscal’ entende-se a falta de ‘visibilidade’ de certos tributos, que conduz os contribuintes de facto, isto é, em sentido econômico, neste caso os consumidores finais dos bens atingidos, a suportá-los sem se darem conta disso”. BASTO, José Guilherme Xavier de. *A tributação do consumo e a sua coordenação internacional*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1991, p. 28.

Desvantagem também é aquilo que se considera adequadamente como “efeito cascata”, ou seja, o tributo incidindo sobre o tributo, pois no valor de cada venda já está incluído o tributo pago na venda anterior.

Outra desvantagem dos tributos cumulativos decorre do fato de que, em cada fase do processo produtivo, que são muitas além dos exemplos até aqui utilizados, os produtores, os atacadistas e os comerciantes incluirão no preço do produto o tributo que incidira sobre esse produto e mais uma margem percentual de lucro, gerando, com isso, um “efeito de cascata das margens”. Salienta-se que quanto maior for a cadeia produtiva, maior será o efeito cascata e o efeito de cascata das margens<sup>12</sup>.

Além dessas desvantagens, há o problema da diferença do valor agregado em cada fase do processo produtivo, que pode conduzir a uma diferença da carga tributária em bens idênticos, que possuam as mesmas características, e ainda a uma dificuldade de se administrar um tributo com muitos contribuintes, pois há incidência sobre todas as fases do processo produtivo de forma cumulativa<sup>13</sup>.

A sistemática da tributação cumulativa nos tributos gerais sobre o consumo e o conhecimento de suas desvantagens tocam numa questão muito sensível – a neutralidade dos tributos. Um tributo respeita o princípio da neutralidade tributária quando incide sobre a produção ou sobre o consumo e não causa distorções no comportamento dos agentes econômicos envolvidos, isto é, o tributo é neutro quando não há modificações no comportamento econômico de quem produz, de quem revende e de quem compra.

Nos tributos gerais sobre o consumo, a neutralidade pode ser aferível na produção quando o produtor não altera, não modifica, em razão do tributo, a sua forma de produzir. A neutralidade no consumo é perceptível quando os consumidores finais não modificam os seus hábitos de consumo, como a troca de um bem por ou-

12 BASTO, José Guilherme Xavier de. *A tributação do consumo e a sua coordenação internacional*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1991, pp. 31-32.

13 Vide os excelentes quadros exemplificativos de cada uma desses aspectos da cumulatividade dos tributos em: BASTO, José Guilherme Xavier de. *A tributação do consumo e a sua coordenação internacional*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1991, pp. 31-34.

tro, motivados pela incidência tributária. A neutralidade, por mais que se possa conceituar e aferir, não é absoluta, pois a existência de um tributo acarretará um ônus ao contribuinte e isso sempre será considerado por ele.

Se os tributos gerais sobre o consumo plurifásicos cumulativos apresentam problemas relacionados à neutralidade, o mesmo não se pode falar dos tributos gerais sobre o consumo monofásicos, pois estes, em regra, são não-cumulativos, portanto, não trazem consigo as desvantagens acima, que comprometem a neutralidade tributária.

O prejuízo menor causado à neutralidade pelos tributos gerais sobre o consumo de tipo monofásico só é comparado aos tributos gerais sobre o consumo de tipo plurifásico não-cumulativos. Dentre esses tem-se a criação dos “tributos sobre o valor agregado”, com o intuito claro de alcançar uma maior neutralidade tributária.

Nada obstante as vantagens da não-cumulatividade, infelizmente essa técnica tem sido mitigada pela jurisprudência pátria, que exclui a possibilidade de creditamento em determinadas situações como, por exemplo, aquisição de bens para o ativo fixo, energia elétrica, serviços de telecomunicações:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – IPI – CREDITAMENTO DECORRENTE DA AQUISIÇÃO DE BENS DO ATIVO PERMANENTE – IMPOSSIBILIDADE – TEMA SUBMETIDO AO REGIMENTO DOS RECURSOS REPETITIVOS – ART. 543-C DO CPC.

1. A Primeira Seção do STJ, sob o rito do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento de que não há direito ao creditamento do IPI em relação à aquisição de produtos que não são consumidos no processo de industrialização, mas que são componentes do maquinário (bem do ativo permanente) que sofrem o desgaste indireto no processo produtivo, e cujo preço já integra a planilha de custos do produto final. (REsp 1075508/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 23.9.2009, DJe 13.10.2009.)  
2. Apesar de a matéria acerca da incidência do creditamento de IPI, nas aquisições de bens destinados ao uso e consumo e ao ativo fixo, encontrar-se em análise no STF, não é o caso de sobrestamento.

É que, mesmo havendo fundamento predominante constitucional no acórdão recorrido, não significa que há de se cumprir o disposto no art. 543, § 2º, do CPC, cuja aplicação é ato de discricionariedade do relator. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1116295/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 16/12/2009)”.  
\_\_\_\_\_

TRIBUTÁRIO – ICMS – AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO – SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES – CREDITAMENTO.

[...]

5. Segundo a jurisprudência do STJ, o ICMS incidente sobre as contas de energia elétrica e serviços de telecomunicações não podia ser creditado como espécie de insumo, quando utilizados em empresa com atividade de mero comércio segundo o DL 406/68 e o Convênio 66/88.

6. Com o advento da LC 87/96, a proibição se estendeu às hipóteses em que esses serviços (energia elétrica e telecomunicações) não são utilizados na atividade precípua do estabelecimento.

7. A LC 102/2000 não alterou substancialmente a restrição, explicitando apenas que o creditamento somente se daria quando a energia elétrica fosse consumida no processo de industrialização ou quando fosse o objeto da operação.

8. No que diz respeito ao aproveitamento de crédito do ICMS em relação à aquisição de bens destinados ao ativo fixo, inovou a LC 102/2000, ao permiti-lo escalonadamente, em 48 meses. Inexiste óbice em escalar o legislador ordinário a outorga de um crédito concedido sob a rubrica da isenção.

9. Recurso ordinário improvido.

(RMS 19.521/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 21/11/2005 p. 173).

Assim, de acordo com a orientação pretoriana brasileira, ainda que os adquirentes de bens para o ativo fixo, de energia elétrica, ou de serviço de telecomunicações sejam contribuintes do IPI ou do ICMS, não poderão apropriar-se do imposto incidente na operação. Esse entendimento decorre da compreensão de que, nessas hipóteses, o contribuinte figuraria como um mero consumidor final, encerrando a cadeia produtiva do referido bem.

Entende-se, portanto, que não se deve equiparar o contribuinte que também é consumidor ao mero consumidor final, pretendendo, com isso, vedar a possibilidade de creditamento. O contribuinte consumidor é um agente econômico, inserido em um ciclo produtivo e suas aquisições devem ser analisadas sob essa ótica. Os bens do ativo fixo de uma empresa, apesar de não serem adquiridos para revenda, indubitavelmente, estão inseridos na cadeia produtiva de um determinado bem e tal situação deveria ser considerada para permitir o creditamento, reduzindo os custos de produção e, conseqüentemente, o preço de venda dos bens e serviços.

#### 4. Os tributos sobre o consumo no Brasil

No sistema tributário brasileiro atual o consumo é pesadamente onerado. Não obstante, a legislação mascara essa tributação por intermédio de expressões como *produção* (IPI), *circulação* (ICMS), *prestação de serviço* (ISS), etc., como se a carga tributária fosse incidente sobre os produtores ou comerciantes.

O próprio governo federal se esforça para passar a imagem de que o ônus recairia sobre a produção e a circulação, quando isso não é verdade. Vale destacar quadro veiculado pelo Ministro da Fazenda Guido Mantega em apresentação sobre a reforma tributária<sup>14</sup>:

##### *Tributos Indiretos*

<b>Tributo</b>	<b>Competência</b>	<b>Regime</b>	<b>Base de Incidência</b>
<b>IPI</b>	Federal	Não cumulativo	Importação e produção de produtos Industrializados
<b>COFINS</b>	Federal	Misto	Importação, produção e comercialização de bens e serviços
<b>PIS</b>	Federal	Misto	Importação, produção e comercialização de bens e serviços
<b>CIDE-Combustíveis</b>	Federal	Cumulativo	Importação e comercialização de petróleo e gás natural e seus derivados e álcool combustível
<b>ICMS</b>	Estadual	Não-cumulativo	Circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação
<b>ISS</b>	Municipal	Cumulativo	Prestação de serviços de qualquer natureza, não compreendidos na base do ICMS, definidos em lei complementar

Como visto, o quadro utilizado na apresentação do Excelentíssimo Senhor Ministro da Fazenda faz crer que o IPI, o ICMS e

14 BRASIL. Quadro utilizado pelo Excelentíssimo Sr. Ministro da Fazenda Guido Mantega em apresentação intitulada "A Reforma Tributária e o Desenvolvimento". Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/2008/fevereiro/p270208.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

o ISS estariam a onerar a produção, a importação, a circulação e a prestação de serviços, quando, na verdade, o que todos eles oneram é o consumo de bens e serviços.

O fato é que, no Brasil, o consumo é onerado pela tributação, mas esse consumo não é previsto expressamente como sendo hipótese de incidência tributária. Assim, ainda que o fato gerador previsto abstratamente na norma não seja “adquirir” ou “consumir”, é indubitável que impostos como o ICMS, o IPI e o ISS retiram riqueza daqueles que consomem/adquirem os bens e serviços, uma vez que os valores desses tributos são para eles repassados.

Tormentosa é a tarefa de identificar quais são exatamente os tributos que incidem sobre o consumo no Brasil. Um critério que tem sido utilizado é a repercussão do encargo financeiro que atinge o consumidor. Assim, aqueles tributos que têm seu ônus financeiro repassado para o adquirente das mercadorias e serviço incidem sobre o consumo.

Ocorre que alguns doutrinadores entendem que para um tributo ser considerado indireto é necessário que a repercussão do encargo financeiro seja jurídica e não meramente econômica. Para esses, a repercussão jurídica é aquela autorizada pela legislação<sup>15</sup>.

Esse também o entendimento de Rafaela Ribeiro e Alessandra Teixeira no artigo intitulado “A Tributação Sobre o Consumo e a Democracia Participativa – Uma Análise Tardia, Mas Necessária”<sup>16</sup>.

Ocorre que se assim for entendido, o resultado é a redução da carga tributária que efetivamente onera o consumo, e um dos pressupostos de um Estado democrático, é o conhecimento e a

15 “tributos que comportem por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro são somente aqueles tributos em relação aos quais a própria lei estabeleça dita transferência. Somente em casos assim aplica-se a regra do art. 166 do Código Tributário Nacional, pois a natureza a que se reporta tal dispositivo legal só pode ser a natureza jurídica, que é determinada pela lei correspondente, e não por meras circunstâncias econômicas que podem estar, ou não, presentes, sem que se disponha de um critério seguro para saber quando se deu e quando não seu tal transferência. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 25 ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2004. p. 202.

16 RIBEIRO, Rafaela; TEIXEIRA, Alessandra. *A tributação sobre o consumo e a democracia participativa: uma análise tardia, mas necessária*. Disponível em <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2310.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2310.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2010.

transparência das regras do jogo. Tome-se por exemplo o imposto sobre serviços – ISS. A Lei Complementar n. 116/2006 em nenhum momento permite o repasse financeiro do tributo para o adquirente dos serviços. Mas é indubitável que o consumidor é quem arca com o ônus da tributação incidente sobre a operação.

Portanto, para fins de identificar a carga tributária incidente sobre o consumo, o critério da repercussão jurídica é insuficiente, uma vez que, mesmo ausente qualquer previsão legal, a tributação incidente sobre mercadorias e serviços, invariavelmente, é repassada aos adquirentes. Na verdade, se há repercussão, essa deve ser considerada, não havendo que se falar em jurídica ou econômica; a repercussão é uma só e deve ser valorada juridicamente.

Porém, em assim sendo, tem-se outro problema. Praticamente todo tributo, de uma forma ou de outra, é repassado aos consumidores quando da formulação do preço de venda, o que levaria à conclusão de que a quase totalidade dos tributos cobrados dos agentes econômicos seria incidente sobre o consumo.

Para efeito de aferir a carga tributária, defende-se que o critério a ser adotado é a presença de um “fato de consumo” no aspecto material da hipótese de incidência tributária. De modo que, mesmo sendo possível pensar em uma repercussão do encargo também para os tributos sobre o patrimônio ou a renda, essa fica fora do conceito de tributação sobre o consumo, pois tais exações existiriam independentemente da ocorrência de um “fato de consumo”. Explica-se, os tributos sobre renda e patrimônio permaneceriam exigíveis ainda que nenhum “fato de consumo” fosse realizado. Por exemplo, se uma determinada pessoa jurídica não vender uma única mercadoria, ainda assim terá de pagar IPTU sobre o imóvel de sua propriedade e IR sobre rendimentos financeiros existentes.

Assim, entende-se ser a existência de um “fato de consumo” o elemento identificador dessas espécies tributárias, no sentido de uma “aquisição” de bens e serviços e no sentido de “uso” desses bens e serviços.

## 5. As figuras do contribuinte de direito e do contribuinte de fato

Em razão da ocorrência da repercussão do valor cobrado a título de exação tributária, na tributação sobre o consumo, surgem as figuras do contribuinte de direito, que é quem detém a obrigação de recolher o tributo ao cofre do Fisco, e do contribuinte de fato, que é o consumidor, adquirente de mercadorias e/ou serviços e quem efetivamente recebe o encargo financeiro.

Como já afirmado, no ordenamento tributário brasileiro, o consumo é onerado pela tributação, mas não foi erigido como sendo fato imponible. Daí, os fatos previstos na legislação são *a produção, a circulação, a saída da mercadoria, a prestação do serviço*, etc., sendo os agentes que realizam tais fatos (os contribuintes de direito) aqueles que possuem relação jurídica com o Fisco.

Na legislação tributária, a figura do contribuinte de fato apenas ganha destaque no art. 166 do CTN, quando são impostas condições à repetição de indébito de tributo indireto para se evitar um enriquecimento sem causa do contribuinte de direito. Assim, o Código Tributário afirma que o contribuinte (de direito) só pode pleitear a repetição desses tributos que tenham sido pagos indevidamente se não tiver repassado o respectivo encargo financeiro ou, se repassou, estiver autorizado pelo contribuinte de fato a buscar a restituição.

Ainda que a legislação tributária não confira maior importância ao contribuinte de fato, seu estudo no âmbito do direito, e não apenas das ciências econômicas, é de fundamental importância para se trabalhar um sistema tributário mais justo, pois é ele que efetivamente tem sua riqueza retirada pela tributação.

Importante salientar que essa realidade já tem sido inclusive reconhecida por algumas leis estaduais, valendo citar o Estado do Paraná, que concedeu isenção para os templos de qualquer culto, na condição de contribuinte de fato do ICMS incidente sobre contas de serviços públicos estaduais, sendo essa norma considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 3421/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo n.º 585).

## 6. O contribuinte de fato na jurisprudência pátria

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de afirmar que o contribuinte de fato não faz parte da relação jurídica tributária e, por isso, não é parte legítima para pedir a restituição de eventual indébito em relação ao qual tenha suportado o ônus financeiro.

O argumento que tem sido utilizado para fundamentar essa ilegitimidade é justamente o fato de o consumo não ser, salvo raríssimas exceções<sup>17</sup>, fato gerador de tributo no Brasil. Assim, pelo fato de a legislação não se utilizar dos verbos “consumir” ou “adquirir” como sendo fatos geradores da tributação, o STJ entende, por exemplo, que o ICMS não incide sobre o consumo. Cumpre transcrever uma decisão:

A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade ad causam para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte.

Os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista.

Nos termos da Constituição e da LC 86/97, o consumo não é fato gerador do ICMS.

Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 903.394/AL, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 26/04/2010).

Na verdade, o erro não é da jurisprudência. O Código Tributário Nacional foi estruturado em premissas de tributação sobre a produção e a circulação (Capítulo IV do CTN). Assim, ainda que a

17 Na hipótese de pessoa física adquirir bem importado para o consumo, no caso de aquisição interestadual de petróleo, seus derivados e energia elétrica para consumo, na aquisição (art. 155, § 2º, IX, “a”, da CF/88 e art. 2º, § 1º, I e II, da LC 87/96 ). BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

realidade demonstre a ocorrência de tributação sobre o consumo, a opção legislativa feita há quase cinquenta anos foi a de positivar tais obrigações tributárias como sendo incidentes sobre a produção e a circulação e, com isso, impor o dever de arrecadação aos agentes econômicos e não aos consumidores, facilitando, dessa forma, a fiscalização e a arrecadação tributária.

Pensamos que, em vez de esconder a tributação sobre o consumo, os mesmos objetivos da Administração poderiam ser alcançados mediante a imputação de responsabilidade tributária, nos termos do art. 128 do CTN, aos industriais e comerciantes pelo recolhimento de tributo cujo contribuinte seria o consumidor.

Mas, de fato, não se desconhece o problema pragmático que surge quando se imputa legitimidade processual ao consumidor para discutir a incidência de tributos sobre os bens e serviços adquiridos, tendo em vista a enxurrada de demandas que seriam ajuizadas. Entretanto, tal ponto não pode servir para mascarar a realidade da origem dos recursos que são arrecadados.

Outro ponto que tem sido alvo de confusão na jurisprudência pátria é a própria caracterização da condição de contribuinte de fato. Essa tarefa deveria ser simples, uma vez que bastaria identificar se o sujeito em questão tem a obrigação legal de recolher o tributo aos cofres públicos ou se simplesmente estaria sofrendo o encargo financeiro da tributação repassado por quem está obrigado a pagar a exação ao Fisco.

Na verdade, esse ponto, identificar quem é contribuinte de direito ou de fato, nunca tinha sido motivo de grandes controvérsias, até que, no primeiro semestre deste ano de 2010, o Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Luiz Fux, proferiu o seguinte acórdão, referente à tributação do ICMS incidente sobre operação de energia elétrica:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA. CONSUMIDOR FINAL. HOTEL (CONTRIBUINTE DE DIREITO). HÓSPEDES (CONTRIBUINTES DE FATO). REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 166, DO CTN. APLICAÇÃO.

1. O sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume, simultaneamente, a condição de contribuinte de fato e de contribuinte de direito, figurando, a concessionária de serviço público, como mera responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, ato material de “fazer” imposto pelo Estado (Precedentes do STJ: REsp 1.044.042/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 06.08.2009, DJe 31.08.2009; e AgRg no Ag 933.678/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.11.2007, DJ 29.11.2007).

[...]

4. É que o autor da ação de repetição é pessoa jurídica pertencente ao ramo de hotelaria, em cujo custo final pode, sim, ter ocorrido o repasse, aos consumidores (contribuintes de fato in casu), do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, razão pela qual incide a norma inserta no artigo 166, do CTN, não merecendo reforma o acórdão regional (Precedente da Primeira Turma: EDcl no RMS 21.742/ES, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.04.2008, DJe 14.05.2008).

5. Recurso especial desprovido.

(REsp 1181690/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 20/05/2010).

No referido aresto, verifica-se uma grande confusão que passa a ser realizada em torno da caracterização dos contribuintes de fato e de direito. Primeiramente, é dito que a concessionária de energia elétrica seria mera responsável pelo repasse do ICMS incidente sobre a operação e que o consumidor, nesse tipo de operação, seria, ao mesmo tempo, contribuinte de fato e de direito.

Na sequência, o STJ afirma que, para verificar a possibilidade de repetição de indébito, é necessário identificar a atividade desenvolvida pelo referido contribuinte. Daí, no caso supra, ter sido afastada a restituição em razão de o contribuinte (de fato e de direito, de acordo com o julgado) atuar no ramo de hotelaria e, por isso, repassaria o encargo financeiro do tributo para seus clientes (hóspedes). Pois bem, identifica-se assim, três graves incongruências nas afirmações inseridas no citado acórdão.

Em primeiro lugar, não existe fundamento legal para dizer que a concessionária de energia elétrica não seria contribuinte do ICMS, mas mera responsável pelo repasse do valor recolhido aos cofres públicos.

A Lei Complementar 87/96, ao disciplinar a incidência do ICMS sobre as operações de energia elétrica, em nenhum momento imputa responsabilidade tributária às concessionárias de energia elétrica. A referida lei expressamente consigna que o contribuinte é aquele que realiza operações de circulação da mercadoria (energia é tratada como mercadoria) e que o fato gerador ocorre com a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte (regra aplicável às operações de energia elétrica):

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares; ...

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. ...

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:  
I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Inexiste regra específica para a incidência de ICMS sobre as operações de energia elétrica que considere a concessionária de energia elétrica como sendo apenas responsável tributária e não contribuinte. Ao contrário, a energia elétrica é tratada como mercadoria e seu fato gerador ocorre com sua saída do estabelecimento do contribuinte, ou seja, nos termos da lei, o contribuinte é aquele que realiza a saída da mercadoria e não quem a recebe como consumidor.

Assim, com base na legislação de regência, o STJ não poderia afirmar que as concessionárias seriam meras responsáveis tributárias, ainda mais quando o Código Tributário Nacional expressamente prevê que a responsabilidade tributária tem que estar prevista em lei, o que não ocorre no caso.

Outro equívoco do STJ decorre do primeiro e consiste em entender que o consumidor de energia seria, a um só tempo, contribuinte de fato e de direito. Ora, se assim o fosse, não se estaria diante de um tributo indireto, nos quais a distinção entre esses dois sujeitos é característica. A junção dessas duas figuras apenas ocorreria se se estivesse diante de um tributo direto. No entanto, não se imagina que tenha sido a intenção do julgado afirmar que o ICMS seria um tributo direto, pois, se assim fosse, pensamos que a impropriedade seria ainda mais gravosa.

Por fim, outro ponto com o qual não se pode concordar e que foi externado no julgamento em análise, é firmar a impossibilidade de repetição do indébito a partir da análise da atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte (de fato e de direito, nos termos do que entendeu o STJ).

No referido julgado, foi firmado que a concessionária não seria contribuinte, mas sim responsável tributária e que o consumidor de energia seria contribuinte de fato e de direito, concomitantemente. Com base nessas premissas, o tribunal passou a analisar a atividade desenvolvida pelo consumidor/contribuinte – no caso, prestação de serviços de hotelaria – e daí entendeu que, como os custos com a aquisição de energia podem ser repassados aos hóspedes do contribuinte, a repetição seria inviável.

Esse entendimento do STJ insere um elemento muito perigoso na análise da possibilidade de repetição do indébito referente a tributos indiretos: a atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte.

Ora, o fato de o contribuinte ser prestador de serviços de hotelaria não faz com que ele possa repassar mais ou menos a carga tributária que onera suas atividades. Qualquer agente econômico – produtor, prestador ou comerciante – pode, de uma forma ou de outra, quando da formulação do seu preço de venda, inserir seus custos tributários.

Na medida em que a atividade econômica do contribuinte passa a ser relevante para identificar a possibilidade de repetição, o STJ está criando uma condição não prevista no art. 166 do CTN e trazendo um sério problema de investigação judicial que passará a ser inserido nos processos judiciais que tratam do tema.

Necessária se faz uma melhor compreensão, por parte do Poder Judiciário. do que efetivamente os tributos sobre o consumo representam, pois de nada adiantará mudanças de ordem legislativa se a jurisprudência não conseguir fornecer um padrão de estabilidade aos jurisdicionados.

## 7. Aspectos positivos e negativos da tributação do consumo

A tributação sobre o consumo, quando comparada à da renda, é considerada superior do ponto de vista da eficiência econômica, porque deixa de onerar a poupança, fomenta o investimento e, assim, permite o crescimento econômico.

A finalidade fiscal nos tributos especiais sobre o consumo é facilmente alcançada pelo fato de que, nestes, os bens objetos da tributação são sempre bens de amplo consumo, adquiridos por parcela considerável da população; não são, em termos relativos, de consumo essencial e, por fim, constata-se que não há diminuição de consumo frente à imposição tributária<sup>18</sup>.

Outro aspecto positivo para a Administração Tributária é a facilidade na cobrança dos tributos sobre o consumo, uma vez que o valor da exação já está embutido no preço da mercadoria ou serviço.

A forma de cobrança, inclusão no preço, tem ainda a vantagem de dificultar a evasão tributária, diante da impossibilidade de as pessoas se furtarem à realização do fato gerador.

Outro ponto bastante assinalado na doutrina é o efeito anestesiante que os tributos sobre o consumo propiciam, pois a sistemática de cobrança e, muitas vezes, de cálculo, impedem que a população saiba efetivamente quem paga o tributo e quanto está sendo pago a este título. Para a Administração, infelizmente, isso é visto como

---

18 São bens de "procura inelástica", conforme BASTO, op. cit., p. 23.

um ponto positivo, o que pode representar uma perspectiva que não contribui com a construção de um Estado Democrático de Direito.

Embora eficiente, a tributação sobre o consumo é regressiva porque incide independentemente da capacidade econômica daqueles que consomem. Assim, os que têm menor renda acabam tendo um maior percentual da sua riqueza retirado por esses tributos em relação aos de maior poder aquisitivo. A seletividade por si só é insuficiente para assegurar a pessoalidade na tributação, uma vez que bens de primeira necessidade são consumidos por todos indistintamente. Essa conclusão contraria o critério da justiça social, que espera da diferenciação de alíquotas maior benefício ao consumo dos mais pobres.

Portanto, se os bens que recebem o gravame do tributo especial do consumo são consumidos por larga parcela da população, tem-se, em contraposição ao princípio da progressividade coadunado com a finalidade extrafiscal, o princípio da regressividade, que onera de forma mais gravosa a população que detiver uma menor renda. Se isso ocorre, prejudica-se a questão da tão almejada equidade dos sistemas tributários.

Por fim, no caso específico do Brasil, cumpre assinalar ainda mais um ponto negativo, os conflitos de competência na tributação sobre o consumo. Como não existe competência exclusiva para tributar a matriz do consumo, em nosso país tanto a União, como os Estados e Municípios tributam o consumo, ainda que por tributos diferentes.

Essa competência comum sobre uma mesma matriz faz com que, por vezes, os entes federados disputem entre si para determinar a incidência de seus tributos, isso faz com que seja necessário, em um dado caso concreto, esclarecimentos dos conceitos de industrialização, de circulação de mercadorias e de prestação de serviços para dirimir os conflitos de incidência entre ISS, IPI e ICMS<sup>19</sup>.

19 SARÔA, Sílvia Vieira. As Distinções entre a Materialidade do IPI, ICMS, ISSQN e a Solução de Conflitos de Competência. In: SILVA, Paulo Roberto Coimbra; BERNARDES, Flávio Couto Bernardes; FONSECA, Maria Juliana (Orgs.). *Tributação Sobre o Consumo*. São Paulo: Quarter Latin, 2008. p. 388.

## 8. A tributação do consumo no Brasil: forte regressividade = concentração de renda = déficit democrático

Ainda que “consumir” não tenha sido erigido como fato gerador de tributo no Brasil, a verdade é que o consumo é pesadamente tributado em nosso ordenamento, muitas vezes, por mais de um tributo simultaneamente, como ocorre na aquisição de mercadorias diretamente de fábrica por um não contribuinte de ICMS, operação na qual incidem IPI e ICMS tributos que, apesar de possuírem diferentes hipóteses de incidência descritas na lei, oneram igualmente o consumo de bens.

Como já expresso anteriormente, muitos são os tributos que incidem em decorrência do acontecimento de “fatos de consumo” e que, em razão do fenômeno da repercussão, oneram os consumidores.

Relembra-se que no Brasil a competência para tributar o consumo é tripartida, de forma que tanto a União, como os Estados e os municípios tributam o consumo, por vezes em decorrência de um mesmo fato.

Os tributos sobre o consumo são tributos reais, uma vez que consideram a realidade econômica do “fato de consumo” independentemente das características pessoais daquele cidadão que pratica o fato e arca com o ônus financeiro. Em consequência, aquele que tem grande capacidade econômica paga o mesmo valor de tributo que aquele que tem poucos recursos. Esse é um dado inevitável. A tributação sobre o consumo encontra grande dificuldade em concretizar os Princípios da Capacidade Contributiva e da Pessoalidade na Tributação.

A técnica da progressividade fica excluída dos tributos sobre o consumo por duas razões. Em primeiro lugar, por serem tributos reais. Até o presente momento, a jurisprudência do STF está alinhada no sentido de excluir a progressividade dos tributos reais, salvo se houver previsão constitucional a respeito, o que não é o caso<sup>20</sup>.

---

20 BRASIL. AI 459396 AgR/RJ, DJ 17.09.2004.

Em segundo lugar, há uma impossibilidade material para aplicar-se a progressividade, uma vez que não se imagina a segregação dos consumidores em classes que estariam obrigadas a adquirir apenas mercadorias e serviços a elas destinados.

A forma pela qual se busca conferir certo caráter pessoal à tributação sobre o consumo é mediante a adoção do Princípio da Seletividade, por meio do qual se aplicam alíquotas diferenciadas a determinadas mercadorias ou serviços em razão de suas características. Assim, bens essenciais seriam menos tributados e os supérfluos, mais tributados.

Ocorre que a seletividade não é suficiente para resolver a desigualdade na tributação do consumo, porque os bens essenciais não são consumidos apenas pelos cidadãos de baixa renda; são consumidos igualmente pela população em geral, e a exclusão total da tributação sobre o consumo de bens de primeira necessidade seria inviável, em razão de representar uma grande parcela da arrecadação tributária.

Por tudo isso, então, a regressividade da tributação sobre o consumo é um dado inafastável, pois quem tem maior poder aquisitivo tem menor perda financeira na aquisição de mercadorias e serviços, ao contrário daqueles que possuem menos recursos, mas são igualmente obrigados a consumir para poder ter uma vida minimamente digna ou, muitas vezes, apenas para sobreviver.

O fato de a tributação sobre o consumo ser regressiva não é um problema em si mesmo. Isso é algo natural, inevitável e que ocorre em qualquer lugar do mundo. O verdadeiro problema, e que assola o Brasil, é concentrar tributação na matriz tributária do consumo em detrimento da renda e do patrimônio, o que faz com que, no cômputo geral, a tributação nacional seja, como um todo, regressiva.

Em estudo recente, de Março último, o IPEA, analisando dados do ano passado (2009), apresentou a desagregação da carga tributária em percentual do PIB, apresentando seguinte quadro<sup>21</sup>:

---

21 BRASIL. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/2010\\_nt016\\_marco\\_dimac.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/2010_nt016_marco_dimac.pdf)>. Acesso em 20 ago. 2010.

ANO	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
<b>Impostos federais sobre a produção</b>	6,17	5,95	6,52	6,48	6,14	6,24	6,88	6,00
IPI	1,25	1,05	1,09	1,12	1,14	1,18	1,23	0,88
Cofins + PIS/PASEP,	4,30	4,36	4,98	5,04	4,76	4,77	4,98	4,67
Demais	0,62	0,54	0,45	0,32	0,24	0,29	0,66	0,45
<b>Impostos federais sobre renda e patrimônio</b>	7,37	7,15	7,04	7,80	7,67	8,11	7,30	6,93
IR (pessoas físicas e jurídicas)	5,12	4,85	4,66	5,26	5,17	5,42	5,85	5,55
CSLL	0,84	0,92	1,00	1,17	1,13	1,25	1,40	1,37
Demais (inclui CPMF)	1,41	1,37	1,38	1,38	1,38	1,44	0,05	0,01
<b>Impostos e contribuições sobre a folha de pagamento</b>	7,22	7,06	7,27	7,60	7,88	7,93	8,10	8,75
Sistema "S" e salário educação FGTS e INSS; Previdência pública	0,53	0,49	0,53	0,50	0,56	0,55	0,59	0,61
	6,33	6,25	6,33	6,60	6,76	6,82	6,97	7,50
	0,36	0,31	0,41	0,50	0,56	0,57	0,55	0,65
<b>Impostos estados/municípios</b>	10,65	10,72	10,93	11,04	11,15	10,98	11,35	11,32
ICMS	7,13	7,07	7,19	7,29	7,33	7,12	7,47	7,36
ISS	0,58	0,57	0,61	0,66	0,71	0,74	0,79	0,83
IPVA	0,47	0,46	0,46	0,49	0,52	0,55	0,57	0,64
IPTU	0,48	0,48	0,47	0,46	0,46	0,45	0,43	0,45
Demais	1,99	2,14	2,21	2,13	2,13	2,13	2,09	2,04

De uma rápida análise dos dados acima é possível identificar, de plano, a intensidade da tributação sobre o consumo em relação às matrizes da renda e do patrimônio. Só o percentual referente a um único imposto sobre o consumo, o ICMS, é maior do que a soma de todos os tributos sobre a renda e patrimônio federais.

Assim, aquilo que juridicamente sempre se entendeu como injusto, uma vez que inviabiliza a concretude do Princípio da Capacidade Contributiva, fica demonstrado econômica e estatisticamente como algo que aprofunda a desigualdade social entre os brasileiros, promovendo, isso sim, a concentração da renda.

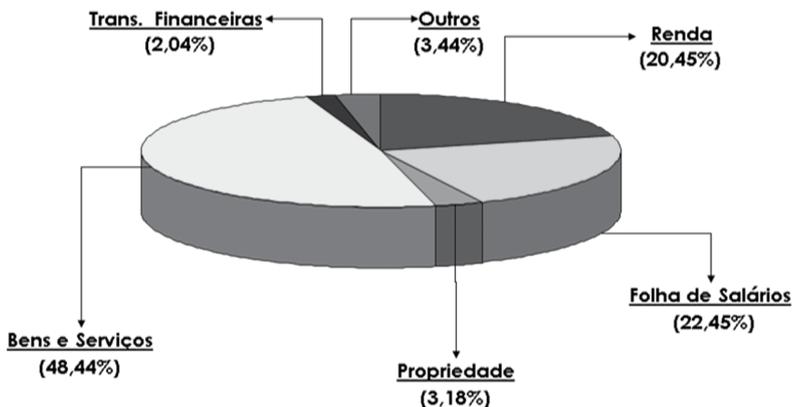
A forma como está dividida a incidência tributária sobre as matrizes do patrimônio, renda e consumo implantada no Brasil é a principal responsável pela péssima distribuição de riqueza entre nós existente. A carga tributária brasileira, em si, não é alta (34,7%, enquanto a média da OCDE é de 36,1%, números de 2007<sup>22</sup>), o problema é a distribuição da sua incidência e a falta de retorno que o pagamento dos tributos gera para os cidadãos.

22 BRASIL. Receita Federal. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudoTributarios/estatisticas/CTB2008Apresentacao.ppt>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

Apenas se pode dizer que a carga tributária nacional é excessiva para aqueles que ganham pouco. Como a matriz do consumo é a mais tributada, a população de menor renda tem mais de seus rendimentos comprometidos com o pagamento de tais tributos, e o pior, é que essa população não possui consciência disto, nem condições para possuir tal consciência, pois é justamente a parcela alijada de condições dignas de educação.

Outro estudo do IPEA, “Pobreza, desigualdade e políticas públicas”<sup>23</sup>, confirma estatística e economicamente aquilo que sempre foi argumentado juridicamente. De acordo com essa pesquisa, quem possui rendimentos de até dois salários mínimos (R\$ 1.020,00) gasta 48,9% desses com tributos; por outro lado, aqueles que ganham acima de 30 salários mínimos (R\$ 15.300,00) arcam com uma carga de apenas 26,3%. Segundo o estudo, a carga das pessoas que estão na base da pirâmide deveria ser reduzida em torno de 86% para se equiparar aos que estão no topo.

Mais um estudo, esse da Receita Federal, divulgado em Julho de 2009<sup>24</sup>, também chegou às mesmas constatações, identificando que 48,44% da carga tributária são incidentes sobre o consumo de bens e serviços, ao passo que os impostos sobre o patrimônio e a renda, somados, correspondem a apenas 23,63% (sendo apenas 3,18% o percentual referente ao patrimônio):



23 BRASIL. IPEA. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado\\_presidencia/100112Comunicado38.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado_presidencia/100112Comunicado38.pdf)> . Acesso em: 20. Ago. 2010.

24 BRASIL. Receita Federal. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudoTributarios/estatisticas/CTB2008Apresentacao.ppt>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

Para aqueles que vivem do capital e do patrimônio, pode-se, mesmo, afirmar que o Brasil é um paraíso fiscal. Quando comparado às cargas dos países da OCDE, isso fica evidente. Enquanto a tributação sobre a renda representa 19% da carga total, a média nos países da OCDE é de 35,7% (88% maior). Da mesma forma, a arrecadação dos tributos incidentes sobre a propriedade no Brasil gira em torno de 3% da receita total e a média da OCDE é de 5,7% (90% maior). Já os tributos sobre bens e serviços, que representam 48% do total no Brasil, não atingem 31,5% na média da OCDE<sup>25</sup>.

Assim, os dados estatísticos demonstram que a carga tributária nacional é, como um todo, regressiva, retirando mais riqueza daqueles que menos possuem, uma vez que a matriz do consumo concentra quase metade de toda a incidência.

Com base nesse fato, não é difícil afirmar que a política fiscal do Brasil não é compatível com um Estado Democrático de Direito, já que, nesse, a democracia, sob o aspecto tributário, pressupõe a igualdade de sacrifícios entre os cidadãos, o que efetivamente não acontece em nosso país.

A democracia, enquanto sistema de governo, funda-se na participação popular nas decisões políticas. Entretanto, no Brasil, aqueles que mais financiam o Estado são os que menos têm condições de participar das tomadas de decisão, pois a falta dos recursos financeiros – que lhes são tirados quando do consumo de bens – os impede de ter acesso à qualidade de vida, à educação e à saúde, para que possam ser cidadãos de vida digna, permitindo-lhes ter um nível mínimo de conscientização que permita sua participação crítica na sociedade.

A concentração da tributação sobre a matriz do consumo atenta ao regime democrático, uma vez que ela é naturalmente regressiva e faz com que os mais pobres arquem com a maior parte da arrecadação tributária.

A solução para esse problema, porém, não será encontrada em uma nova interpretação jurídica oriunda dos tribunais ou em teses inovadoras construídas na doutrina. Somente com a vontade

---

25 SAITO, Hideyo. *Tributação, democracia e distribuição de riqueza no Brasil*. Disponível em: <[http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia\\_id=16394](http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=16394)>. Acesso em 20 ago. 2010. Referindo-se aos dados constantes do estudo da Receita Federal.

política de mudar o foco da tributação nacional, deslocando-o do consumo para a renda e o patrimônio, se resolverá tamanha desigualdade, sendo de todo salutar, também, a unificação da tributação sobre o consumo para evitar as múltiplas incidências sobre uma mesma base.

Por fim, importante registrar que essa mudança de foco – deslocar a tributação do consumo para a renda e o patrimônio – pode ser feita simplesmente alterando-se a legislação infraconstitucional, o que, em tese, é mais simples do que intentar uma reforma constitucional.

## Conclusão

A relação entre o Estado Contemporâneo e a tributação é uma das questões merecedoras de estudos acurados, pois a matriz tributária de um determinado Estado “conta”, “espelha”, as relações econômicas, sociais, políticas e culturais de uma determinada sociedade.

Acredita-se, que nas linhas acima, foi possível explicar de forma satisfatória alguns aspectos da matriz tributária brasileira, em específico, a tributação sobre o consumo no Brasil e suas características.

Procurou-se também estabelecer uma análise crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que concerne à incidência dos tributos indiretos sobre o consumo, bem como, quanto à caracterização do contribuinte de fato.

Foi demonstrada a dificuldade de materializar-se o Princípio da Capacidade Contributiva na incidência dos tributos sobre o consumo, tendo em vista ser o Princípio da Seletividade insuficiente para conferir pessoalidade à tributação, o que acaba por implicar uma tributação regressiva.

Com base em recente estudo do IPEA, foi, mais uma vez, confirmado aquilo que, do ponto de vista jurídico, sempre foi possível perceber, ou seja, que, no Brasil, a carga tributária está concentrada na matriz do consumo de forma tão intensa, que faz com que a carga total seja ela própria regressiva.

Em um país onde o percentual de pessoas vivendo em pobreza extrema ou absoluta gira em torno de 39,3% da população é pobre (dados do IPEA divulgados no último dia 13.07.2010 referente ao ano de 2008, percentual que representa a soma da pobreza absoluta com a pobreza extrema<sup>26</sup>). Essa parcela da população não possui renda ou patrimônio tributável, não é justo exigir que o consumo dessas pessoas seja o principal motor para financiar o Estado.

Não se nega o benefício da concessão de renda oriunda de programas assistenciais, mas a verdade é que, enquanto não houver uma mudança substancial na matriz tributária brasileira, a extrema desigualdade na distribuição da riqueza continuará existindo comprometendo a construção de um Estado democrático.

## Referências bibliográficas

BASTO, José Guilherme Xavier de. *A tributação do consumo e a sua coordenação internacional*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1991.

BRASIL. *A Reforma Tributária e o Desenvolvimento*. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/2008/fevereiro/p270208.pdf>> Acesso em: 05 ago. 2010.

BRASIL. *AI 459396 AgR/RJ*, DJ 17.09.2004.

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

BRASIL. *IPEA*. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado\\_presidencia/100112Comunicado38.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado_presidencia/100112Comunicado38.pdf)>. Acesso em: 20 Ago. 2010.

BRASIL. *IPEA*. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100713\\_comuni58pobreza.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100713_comuni58pobreza.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2010.

---

26 BRASIL. IPEA. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100713\\_comuni58pobreza.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100713_comuni58pobreza.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. IPEA. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/2010\\_nt016\\_marco\\_dimac.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/2010_nt016_marco_dimac.pdf)>. Acesso em 20 ago. 2010.

BRASIL. *Receita Federal*. Disponível em: [http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudoTributarios/estatisticas/CTB2008\\_Apresentacao.ppt](http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudoTributarios/estatisticas/CTB2008_Apresentacao.ppt). Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. *REsp* 903.394/AL, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 26.04.2010 : “Nos termos da Constituição e da LC 86/97, o consumo não é fato gerador do ICMS”

MACHADO, Hugo de Brito. *Aspectos fundamentais do ICMS*. São Paulo: Dialética, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2004.

RIBEIRO, Rafaela Braga. TEIXEIRA, Alessandra Machado Brandão. *A Tributação sobre o consumo e a democracia participativa: uma análise tardia, mas necessária*. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2310.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2310.pdf)> Acesso em: 20 ago. 2010.

SAITO, Hideyo. *Tributação, democracia e distribuição de riqueza no Brasil*. Disponível em: <[http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia\\_id=16394](http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=16394)>. Acesso em 20 ago. 2010.

SARÔA, Sílvia Vieira. As Distinções entre a Materialidade do IPI, ICMS, ISSQN e a Solução de Conflitos de Competência. In: SILVA, Paulo Roberto Coimbra; BERNARDES, Flávio Couto Bernardes; FONSECA, Maria Juliana (Orgs.). *Tributação Sobre o Consumo*. São Paulo: Quarter Latin, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. IVA, ICMS e IPI. *Arquivos de Direito*. Rio de Janeiro, n. 2, v. 1, 1999.

**Recebido em:** outubro 2011

**Aprovado em:** novembro 2011

