intellectus

REVISTA ACADÊMICA DIGITAL DO GRUPO POLIS EDUCACIONAL



ISSN 1679-8902

Ano VII | Nº. 14 | Jan-Mar 2011.

ISSN 1679-8902

INTELLECTUS. Revista do Grupo Polis Educacional.

Jaguariúna – SP: Grupo Polis Educacional.

Eletrônica

Trimestral

Inclui bibliografia

EDITORIAL

Apresentamos mais uma edição da Revista Intellectus, publicação científica do Grupo PÓLIS Educacional. Este número, dedicado à área das **Ciências Sociais Aplicadas**, compreende oito artigos.

Os trabalhos aqui publicados são todos dedicados aos temas do Direito, com importantes contribuições dos professores da Faculdade Max Planck, da Faculdade de Jaguariúna e da Faculdade Politécnica de Campinas.

Os textos ora apresentados com certeza serão de grande valia para os professores, estudantes e outros estudiosos da área.

Os artigos publicados e assinados são de responsabilidade dos autores e só poderão ser reproduzidos mediante autorização expressa dos mesmos.

Boas leituras.

Editor: Prof. Dr. Rubens Pantano Filho – Faculdade Max Planck

Editores Associados: Profª. Drª. Ana Maria Sperandio – Fac. de Jaguariúna

Profª. Drª. Telma Dagmar Oberg – Fac. de Jaguariúna

Conselho Editorial

Arte, Educação e Ensino

Prof. Dr. Adauto Fernandes Marconsin – Faculdade de Jaguariúna

Profª. Dnda. Maria Ângela Lourençoni – Faculdade Max Planck

Prof. Dr. Samuel Mendonça – Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Profª. Drª. Solange Muglia Wechsler – Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Ciências Exatas e Tecnológicas

Prof. Dr. André Luís Helleno – Faculdade de Jaguariúna

Prof. Dr. André Mendeleck – Faculdade Politécnica de Campinas

Prof. Dr. Derval dos Santos Rosa – Universidade Federal do ABC

Prof. Dr. Pedro Luis Christiano – Universidade Federal da Paraíba

Profª. Dra. Vanice Aparecida Perin – United State Nuclear Regulatory Commission

Ciências Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Cássio Modenessi Barbosa – Faculdade de Jaguariúna

Prof. Dr. Olavo Pudenci Furtado – Faculdade Max Planck

Prof. Dr. Oscar Mellin Filho – Faculdade de Jaguariúna

Profª. Drª. Tércia Zavaglia Torres – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária

Saúde

Profª. Drª. Celene Ferrari Audi – Faculdade de Jaguariúna

Profª. Drª. Helena Cruz Oliveira – Faculdade Max Planck

Prof. Dr. José Meciano Filho – Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Prof. Dr. Roberto Foz Filho – Faculdade Max Planck

Correspondência

Núcleo de Publicação

Campus II – Rodovia Adhemar de Barros – km 127 – Pista Sul

Tanquinho Velho – Jaguariúna – SP – 13820-000

(19) 3837-8500 - http://www.seufuturonapratica.com.br/intellectus

ÍNDICE

DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE: liberdade de quem? 05

LEI 11.340/06 – UM ESTATUTO DE PROTEÇÃO HUMANITÁRIA DA FAMÍLIA 17

DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO: sistemas de governo Brasil – Uruguai 24

A LEGITIMAÇÃO SINDICAL NAS AÇÕES COLETIVAS TRABALHISTAS 46

O CRIME E A PENA NO PENSAMENTO DE ÉMILE DURKHEIM 63

O CRIME NO CONTEXTO DA LUTA DE CLASSES: DO SUPLÍCIO À PRIVAÇÃO DA LIBERDADE 69

NEO-RETRIBUCIONISMO PENAL: compatibilidade com o Estado de Direito 77

ASPECTOS IMPORTANTES DA UNIÃO ESTÁVEL 84

DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE: liberdade de quem?*

Development as freedom: freedom of whom?

MASTRODI, Josué**
Faculdade Max Planck
Faculdades de Campinas

Resumo: Este artigo apresenta questões sobre o paradigma da liberdade como valor de organização da sociedade, sobre os motivos históricos que levaram a essa consideração e sobre a necessidade de se compreender tal valor não como um conceito abstrato desprendido da realidade social, mas como pressuposto para que o atual modo de produção se desenvolva com um mínimo de racionalidade. Em que pese o fato de autores liberais pugnarem pelo dever de a sociedade civil garantir liberdades públicas a todos os cidadãos, trata-se de discurso cujo sentido não se presta à prática; ao contrário, seu maior propósito é encobrir e justificar as condições de dominação de uma sociedade em que alguns são muito mais livres que outros.

Palavras-chave: Desenvolvimento, Liberdade, Direitos sociais. Ocultação das condições sociais de dominação.

Abstract: This article poses questions about the value of liberty as a paradigm for organizing society, about the historical reasons that led to this consideration and the need to understand that value not as an abstract concept, detached from social reality, but as a precondition for the current mode of production to develop with a minimum of rationality. In spite of liberal authors call for an obligation for civil society to ensure civil liberties for all citizens, it is speech whose meaning does not lend itself to the practice; instead, its major purpose is to cover up and justify the domination conditions of a society where some are freer than others.

Keywords: Development, Freedom. Social rights, Concealment of the social conditions of domination.

* Artigo originalmente produzido na forma de trabalho monográfico, sob o título “Economia e Racionalidade”, apresentado como requisito para conclusão de disciplina do Programa de Pós-Graduação em Direito, nível doutorado, da Universidade de São Paulo.

** Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo.

1. Introdução

Amartya Sen, economista laureado com o prêmio Nobel de economia de 1998, tratou da relação entre direito e economia em seu livro "*Desenvolvimento como liberdade*" (*Development as freedom*), editado no Brasil em 2000 pela Companhia das Letras (com tradução de Laura Teixeira Motta). A atenção recebida por aquela obra na comunidade acadêmica permite – e até impõe – que críticas, como esta, sejam apresentadas para discussão.

Referido autor é economista de vertente liberal, porém não pode ser entendido como um pensador de característica conservadora. O livro objeto deste comentário foi escrito com base em cinco palestras que SEN proferiu como membro da presidência do Banco Mundial (*Bird*), quatro em 1996 e uma complementar em 1997, para um público formado praticamente apenas por membros (funcionários e colaboradores) dessa organização. Pessoas, portanto, com visão de mundo que, acredito, apenas com grande dificuldade aceitariam comentários econômicos visando à progressão de direitos sociais.

O livro de SEN é claramente voltado para a busca, dentro do sistema econômico liberal, de meios para solução de problemas sociais, tendo sido escrito de modo que aquele público aceitasse ouvir seus argumentos. Ou seja, trata-se de um livro com idéias que pugnam pela *reforma* do sistema capitalista, mas não por sua transformação radical.

Parto, portanto, do pressuposto que SEN não é um autor ingênuo, tampouco mal intencionado. Economista que é, ele simplesmente reconhece a força do modo de produção desta época e considera que talvez seja mais eficiente promover alterações *aceitáveis* no sistema que aguardar por sua superação dialética. Parece considerar que tais alterações podem acontecer de modo mais rápido que a superação do modo de produção por outro, em que a exploração do homem pelo homem seja reduzida ou eliminada. Ele realmente demonstra convicção de que tal reforma pode ocorrer em tempo menor que a completa alteração do sistema, e que isto poderia salvar efetivamente muito mais vidas humanas.

Entendo, porém, que a abordagem idealista de SEN não pode ser vista como a mais adequada. A correlação do desenvolvimento econômico como pressuposto da liberdade é acertada e, a meu ver, até óbvia,[1] e apresentar argumentos para que o sistema de produção promova distribuição do produto social de modo mais igualitário é sem dúvida alguma louvável.

[1] Embora poucos sejam os autores liberais que, como SEN, deixem claro que os direitos só existem e só podem ser exercidos na medida do controle que o homem tem da natureza e, mais, que a liberdade e os demais direitos só podem ser efetivamente exercidos pelos homens concretos que têm tal controle e não por todos os homens.

O problema está no fato que SEN parte dos mesmos pressupostos liberais do atual sistema econômico, reproduzindo-o e, ainda que visando à distribuição justa da produção, considera que a distribuição igualitária deveria ocorrer muito mais por *caridade* das classes sociais que detêm o poder econômico (e, a reboque, os poderes ideológico e político) que por *direito* da maioria dos homens que, embora trabalhem e produzam, o acesso ao produto de seu trabalho lhes é negado. Fica aqui, assim, a crítica pela necessidade de apresentar os fundamentos da economia a partir do materialismo histórico, linha pela qual fica evidente a ideologia liberal na forma de falsa consciência.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por base o texto de SEN, e embora haja concordância com sua finalidade, diverge por completo quanto ao método. É o que se pretende apresentar.

2. Considerações de caráter histórico para compreensão do mundo e da própria compreensão

A teoria econômica já foi classicamente desenvolvida pelos gregos antigos, especialmente por Aristóteles, tendo tal estudo sido retomado a partir do Renascimento por filósofos como, entre outros, Thomas Hobbes, William Petty e, na Era Moderna,[2] Adam Smith, David Ricardo e Jeremy Bentham.

Os economistas modernos e os contemporâneos, em geral, identificam a teoria econômica como uma parte destacada e, muitas vezes, entendida como separada (abstraída) da realidade social, vista essencialmente como a teoria racional e científica cujo escopo é tratar sobre a natureza e as causas da necessidade de alocação de recursos.

Claro que tal modo de compreensão da teoria econômica reflete, como não poderia deixar de ser, o contexto histórico e social que forma não só o conhecimento do economista, mas o próprio economista. Nesse sentido, tenho como pressuposto, para o desenvolvimento desta crítica, que o cientista ou filósofo (ou qualquer pessoa)[3] é produto das relações sociais de seu tempo e lugar.

[2] Assim entendida a fase histórica do Ocidente a partir das revoluções liberais do século XVIII.

[3] Não só qualquer pessoa, mas qualquer produto social, como a ciência: “Em suma, a história da ciência é a história dos conhecimentos que, através do espaço e do tempo, inventam-se, transmitem-se, aplicam-se, modificam-se e também se refletem sobre si próprios, por meio do pensamento crítico e filosófico e pela interpenetração com outras instâncias culturais. É sob estes aspectos diversos, não fechados e vivos, que a história da ciência nos permite apreender o que é, na sua realidade efetiva, a ciência, tanto uma das ciências em particular quanto o conjunto das ciências em suas manifestações locais e diferenciadas.” (PATY, 2005:370)

Seguindo nessa linha, entendo impossível que um economista do século XVIII ou XIX pudesse ter uma compreensão de seu objeto de estudo (ou do mundo em geral) senão a partir da visão de mundo que imperava em seu tempo, qual seja, a compreensão do mundo a partir de bases racionalistas e idealistas, buscando a ciência a partir da separação total entre *sujeito que conhece* e *objeto conhecido*, como se os objetos pudessem existir como essência (ou melhor, como abstração), independentemente de suas relações com o mundo ou com o próprio sujeito: enfim, como um "*ser-em-si*".

O idealismo parmenídico/platônico, aliado ao individualismo e ao racionalismo cartesianos, firmou uma visão de mundo social segundo o qual a sociedade não poderia ser senão a união de pessoas agrupadas por vontade própria[4], vontade esta independente do contexto em que esses indivíduos estivessem no mundo e como se o contexto (ou melhor, as condições materiais e econômicas em que tais indivíduos se insertam socialmente) não causasse em tais vontades qualquer influência.

A *idéia* ou a *razão,* portanto, existiriam independentemente de qualquer pessoa que, viva, tivesse que pensá-las para que pudessem, de fato, existir. Mais que isso, tal concepção de mundo parte do pressuposto segundo o qual as pessoas existem porque pensam e não que, porque existem e porque precisam, antes de tudo, satisfazer suas necessidades materiais (pois, como seres biológicos, devem comer, beber e se abrigar, do contrário morrem), utilizam do raciocínio como instrumento para satisfação de tais necessidades. Materialmente falando, a proposição de Descartes deveria ser "*existo: logo, penso*".

3. O autor como produto de seu meio

O economista Amartya SEN, laureado com o prêmio Nobel de Economia em 1998, segue, a exemplo de tantos escritores sobre teoria econômica, pela mesma forma de compreensão de mundo. Moderno, SEN se apresenta claramente como idealista e racionalista, no sentido dado a tais termos linhas atrás. Seu livro *Desenvolvimento como Liberdade*, resultado da compilação e reelaboração de cinco palestras realizadas a convite do Banco Mundial, em que trata de temas importantíssimos como direito, direitos humanos, teorias da justiça, democracia e economia, busca apontar caminhos para a solução de questões atuais e prementes, como desigualdade social, injustiça e ausência

[4] Como um pacto social formulado racionalmente, nos termos pensados por Platão na *Politeia*, por Hobbes no Leviatã, por Locke no Segundo Tratado, ou por Rousseau no Contrato Social.

de liberdades, dentro dessa compreensão ideal/racional/individualista do mundo e da realidade social.

Porém, por tal caminho, ao contrário de permitir a compreensão das questões apontadas, serve tão-somente para reproduzir a *visão de mundo* pela qual a realidade social tem sido construída, no sentido de nublar a percepção dos fatos e impedir que tais fatos sociais sejam compreendidos em sua essência e, mais que isso, em sua relação concreta com a realidade que faz do problema um problema real. Repise-se, conforme afirmado na introdução deste trabalho, não considero que SEN realize a função de *manipulador consciente*; ao contrário, ele apenas atua no sentido de tornar sua visão de mundo – baseada numa construção social de seu tempo e espaço[5] – mais *abrangente* e mais *profunda* que a compreensão liberal da realidade.

As teorias econômicas têm por escopo, basicamente, a compreensão da natureza e das causas da escassez de recursos.[6]

No referido livro, SEN parte de certos pressupostos nitidamente idealistas, como a afirmação segundo a qual "*Para combater os problemas que enfrentamos, temos de considerar a liberdade individual como um comprometimento social*" (SEN, 2000:10). Sem dúvida, se não estivéssemos falando de economia, isto é, de um mundo em que a liberdade máxima de um indivíduo representa a ausência completa de liberdade para os demais, talvez fosse possível concordar com tal assertiva.

Mas tal assertiva não é de SEN, ou não apenas dele: trata-se de uma construção social, de um conceito cujo significado foi socialmente construído e que permite a compreensão da realidade a partir desse parâmetro. SEN tem tal pressuposto simplesmente porque, assim como tal conceito, o autor também é um produto de seu processo histórico e social.

Não estou, de modo algum, afirmando com isso que a liberdade seja maléfica para o desenvolvimento de uma sociedade. O ponto, bem diferente, é que a abordagem a partir de uma compreensão individualista de mundo

[5] *Cf.*, a propósito de construção social e historicidade, PATY (2005:374-378).

[6] Parece óbvio pois, se não houvesse escassez, não haveria qualquer necessidade material de desenvolvimento teórico de uma ciência cujo objetivo é permitir que, apesar da escassez, as necessidades básicas de um grupo social sejam minimamente satisfeitas. A propósito, é por conta da não-distribuição igualitária de tais recursos que surge a necessidade de teorias morais ou jurídicas, para justificar o fato da desigualdade de acesso aos bens sociais. Se houvesse igualdade na distribuição dos recursos sociais entre os membros dessa mesma sociedade, não haveria qualquer necessidade do desenvolvimento de uma teoria que determinasse a conduta das pessoas em caso de desigualdade na distribuição. Ou seja, tanto as teorias morais quanto o direito não teriam a importância que têm se a realidade social não fosse baseada em relações estruturais (isto é, definidoras do modo de produção e da distribuição de recursos) fundamentalmente desiguais.

permite entender que todos os membros da sociedade teriam direito às mesmas liberdades[7] quando, na prática, na vida real, o fato de alguns já terem concretizado o objeto de suas liberdades *antes* dos demais causa a estes a impossibilidade de exercerem sua liberdade individual nos mesmos termos daqueles.

Nesse sentido, se os que chegaram antes têm vantagem sobre os demais e se isso é considerado como algo *normal* dentro das regras sociais, o desenvolvimento econômico acabaria sendo apropriado por esses mesmos "pioneiros" que, por "justiça", teriam direito à apropriação da maior parte dos recursos sociais a serem distribuídos. Aliás, que por sua apropriação *não* serão distribuídos.

Assim, entendo que a liberdade individual somente poderia resolver os problemas sociais crônicos (como os apontados por SEN) se ela passasse a ser entendida em sua compreensão material (concreta, histórica), e não idealista (abstrata, atemporal), isto é, como parte de um processo dialético que se inicia a partir da satisfação de necessidades por meio da distribuição racional dos bens sociais.

Isto quer dizer que a sociedade não é formada a partir das escolhas voluntárias de seus membros, mas que a vontade de seus membros se origina da necessidade, por meio das trocas sociais, de essas mesmas pessoas satisfazerem seus interesses econômicos fundamentais.[8]

O livro que ora utilizamos para a crítica da racionalidade econômica tem claro direcionamento a-histórico, no sentido que as transformações sociais não passariam de meras adaptações das relações sociais a valores atemporais que, por serem considerados perfeitos e imutáveis, e também, justamente por conta de sua perfeição, devem ser entendidos como exemplos a serem necessariamente seguidos. Isso faz sentido pois, se o autor SEN parte de idéias e conceitos abstratos, independentes do contexto histórico e social em que foram desenvolvidos, passa a interpretar a realidade com base em tais conceitos e a esperar que a realidade social se desenvolva como se tal conceito determinasse o rumo dessa mesma realidade.

[7] Que teriam sido *pactuadas* num determinado momento lógico anterior, conforme as teorias contratualistas.

[8] Ao contrário do pensamento do Autor, que afirma categoricamente que "a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas" (SEN, 2000:18), ou que seria a vontade individual o fator que determina (*i.e.*, que necessariamente *causa*) as escolhas sociais (2000:19).

4. Dos fundamentos sobre os quais Amartya Sen se baseia

Ao longo dos doze capítulos de *Desenvolvimento como Liberdade* não há sequer uma única crítica veemente ao modelo econômico do Ocidente, qual seja, o sistema capitalista de produção.

Não bastasse isso, SEN argumenta como se todos os problemas que decorrem das contradições internas do modo de produção capitalista fossem questões meramente conjunturais, que podem ser resolvidas com correções a serem promovidas pelos sistemas democráticos de governos, como se a teoria econômica liberal e a teoria democrática fossem de algum modo perfeitamente compatíveis e como se tudo isso se tratasse de mera questão conceitual ou acadêmica, e não uma questão prática de proporções mundiais e de interesse real para a grande massa de pessoas destituídas de direitos e de bens sociais (ou, nos termos do Autor, *desintitularizadas*).

Por exemplo, SEN deixa de lado qualquer busca pela solução do problema da distribuição dos bens sociais. Em vez de tratar de tal assunto, fundamental em qualquer estudo sério de filosofia política ou mesmo econômica, prefere descrever as teorias de justiça social que considera importantes, comentando exclusivamente três teorias liberais, baseadas claramente na lógica de mercado (o *libertarismo* de Robert Nozick), na lógica racional utilizada pela classe que domina o sistema estatal (o utilitarismo de Jeremy Bentham) e a teoria contratualista e procedimentalista de John Rawls. Por terem todas elas raiz nas teorias liberal e racionalista, têm por base conceitos ideais e mediatos de justiça e na prática não há, por nenhuma delas, condição de possibilidade de se compreender a materialidade das trocas sociais e de desenvolver critérios de justiça coerentes com a realidade social.

Por conta da acumulação de bens inerente à lógica do sistema capitalista, SEN dá enorme importância à necessidade de erradicação de condições sociais de extrema penúria (provocadas justamente pela acumulação excessiva da riqueza social por poucos), como fomes endêmicas, doenças epidêmicas, identificadas na literatura norte-americana como o direito à liberdade contra necessidades (“*freedom from want*”)[9]. Nesse sentido, SEN

[9] *Cf.*, a este propósito, SUNSTEIN (2004), que atribui à *Segunda Carta de Direitos* do presidente norte-americano F. D. Roosevelt (proposta em 1944, porém jamais votada pelo Congresso Nacional) a discussão sobre direitos sociais no mundo todo. Roosevelt teria sido, assim, o precursor do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966. SUNSTEIN deixa claro que, não fosse a idéia de "*freedom from want*" incluída no *2nd Bill of Rights*, até hoje tais direitos provavelmente não passariam de meras indicações programáticas ou, pior, sequer seriam reconhecidos. Algumas considerações são necessárias neste ponto. Uma, que os direitos sociais que fariam parte do *2nd Bill of Rights* –e também os defendidos por SEN em seu Desenvolvimento como Liberdade–

identifica a erradicação da pobreza como parte da noção de desenvolvimento (2000:18).

Ainda a propósito do idealismo conceitual que fundamenta as considerações do Autor, SEN comete uma série de equívocos em sua exposição, talvez escusável tão-somente por conta de que seu livro deve ser compreendido mais como um ensaio que como monografia ou tese. A título de exemplo, vejam-se as afirmações, todas expostas na sua *Introdução*, que apresentam, como novidade, o óbvio "*reconhecimento da importância direta da liberdade de troca*" ou, como se verdade fosse, a falácia da "*liberdade para entrar em mercados*" ou da "*importância da liberdade do contrato de trabalho*", chegando a dizer que até mesmo Karl Marx concordaria com tais pontos (2000:21).

Ora, as trocas sociais são o que pode ser formalmente identificado como parte do setor de circulação[10] do *modo de produção* da sociedade, o que, materialmente, se trata da estrutura básica de todas as relações sociais. Ou seja, sempre houve trocas sociais, e o modo de produção capitalista é apenas o modo característico da era Moderna, decorrente da evolução histórica dos processos produtivos. Já a liberdade da era Moderna de "entrar em mercados" ou de "escolher" firmar contratos de trabalho simplesmente não são liberdades, mas *necessidades*.

O que quero dizer é que tais atos sem dúvida ocorrem pela manifestação de vontade dos agentes, mas não podemos entender que os homens somos livres para vender a força de trabalho. Afinal de contas, se todos precisamos comer, beber e nos proteger de intempéries, o modo pelo qual satisfazemos tais necessidades se dá pela obtenção de recursos econômicos decorrentes da venda de nossa força de trabalho. A escolha não é *livre*, pois não podemos realmente escolher a alternativa "não comer". De fato, na prática, essa alternativa não existe e, se não existe, não há escolha, não há vontade, não há liberdade alguma.

Outro ponto que deve ser debatido, porém discussão não houve (SEN proferiu tais considerações originalmente para uma platéia de pessoas que, por sua compreensão idealista de mundo, tomou seu ponto de vista como

não teriam correspondência com o valor Igualdade, mas com o valor Liberdade (***freedom*** *from want*). Ou seja, segundo SUNSTEIN (2004), não havia para Roosevelt, como também não há na consciência jurídica norte-americana tanto daquela época quanto nos tempos atuais, qualquer idéia de *igualitarismo*. Haveria, apenas, uma idéia de que não há teto para as pessoas crescerem na sociedade, mas que deve, por outro lado, haver um chão (no sentido de uma rede de proteção) que impeça as pessoas de se degradarem.

[10] Que é dividido em três: distribuição, trocas e consumo; o outro setor da economia, anterior ao de circulação, é o de produção.

pressuposto perfeitamente válido): o Autor afirma que é pelo desenvolvimento que se atingem as liberdades,[11] que também são os meios para se chegar ao desenvolvimento. Tal relação dialética é aceitável e creio que não pode ser objetivamente contestada, desde que se leve em consideração a seguinte pergunta: liberdade e desenvolvimento para quem?

Não é possível responder "para o Homem", pois tal ser universal-abstrato não existe no mundo real. O desenvolvimento econômico e social refere-se não só à compreensão dos direito abstratos e das teorias igualmente abstratas de justiça ou de economia mas, isto sim, à compreensão de que direitos são conferidos às pessoas em cada tempo e contexto social, com base nas relações de troca desse mesmo tempo e local, e do modo como o produto da riqueza social deve ser distribuído entre todos.

Tal compreensão faz toda a diferença para a determinação do que pode ser entendido como liberdade e, de igual modo, como desenvolvimento. O homem não é algo ideal, mas a *representação ideal* de homem acaba por substituir os homens concretos (que produzem e que, por sua produção, deveriam ter acesso ao produto de seu trabalho) e se torna base de uma forma de compreender a realidade social que não leva os homens concretos em conta. Este é o problema do idealismo: o homem concreto não tem significado, apenas o homem ideal. SEN parece ter consciência disso mas, pelo sentido que deu a seu livro, de buscar reformas no sistema econômico atual, não poderia fundamentar seus argumentos a partir do materialismo histórico.

5. Do (de)mérito de *Desenvolvimento como Liberdade*

SEN, até possui méritos ao escrever tal livro, ainda que sua compreensão de mundo seja ideal/racionalista, que o impede de ter o homem concreto como a base de seus estudos.

O Autor precisaria levar a historicidade e o desenvolvimento social mais a sério, para tornar os conceitos liberais inicialmente utilizados mais abrangentes. Em comparação com as teorias liberais individualistas, até há avanço na compreensão histórica da economia e da sociedade, o que lhe permite, no livro em comento, propor correções de rumo ao sistema econômico.

[11] O Autor aponta cinco tipos de liberdade, distintas porém interdependentes, para a compreensão do todo e para a promoção do desenvolvimento econômico: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora (2000:25 e 55-57).

Mas ainda que a pobreza seja corretamente afirmada pelo autor como uma questão social – ele se utiliza de dados concretos sobre a pobreza para apontá-la como causa de *privação de liberdades* (2000:109) –,[12] SEN reforça o sistema filosófico/ideológico da modernidade, o liberalismo, ao aceitar como pressuposto o fato de que ninguém deveria ser posto em situação de privação do maior valor do sistema, a liberdade.

SEN afirma que os argumentos liberais deveriam deixar de ser considerados válidos se a reprodução do sistema econômico causar, ainda que a uma única pessoa, a situação de penúria, que equivale à condição de impossibilidade de acesso a liberdades (ou, com H. ARENDT, do direito a *ter* direitos). Tais considerações, apresentadas no capítulo 4 de seu livro (*Pobreza como privação de capacidades*), foram fundamentais para certas conclusões de SEN feitas em seu capítulo 6 (*A importância da democracia*). Ainda que o poder político muito pouco possa contra o poder econômico, o autor ressalta o desenvolvimento das liberdades democráticas havidas no Ocidente, em especial no que se refere às liberdades de expressão e de imprensa, *forçando* a transparência dos atos públicos e a adequação da prática de dominação social aos discursos defensores dos direitos fundamentais. Ora, se a questão da pobreza é uma afronta aos ideais liberais e todos deveriam ser livres da miséria, a conclusão óbvia é que o poder público deve agir para eliminar as condições de penúria e garantir o chamado *freedom from want*.

Muito embora isto seja frontalmente contraditório em relação à essência do capitalismo[13], a *necessidade lógica* que o sistema ideológico tem de concordar com assertivas como as de SEN refletem diretamente no poder

[12] "...[A]o analisar a justiça social, há bons motivos para julgar a vantagem individual em função das capacidades que uma pessoa possui, ou seja, das liberdades substantivas para levar o tipo de vida que ela tem razão para valorizar. Nessa perspectiva, a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação da pobreza.

(...) Os argumentos em favor da abordagem da pobreza como privação de capacidades são, a meu ver, os seguintes:

1) A pobreza pode sensatamente ser identificada em termos de privação de capacidades; a abordagem concentra-se em privações que são *intrinsecamente* importantes (em contraste com a renda baixa, que é importante apenas *instrumentalmente*).
2) Existem *outras* influências sobre a privação de capacidades –e, portanto, sobre a pobreza real– além do baixo nível de renda (a renda não é o único instrumento de geração de capacidades).
3) A relação instrumental entre baixa renda e baixa capacidade é *variável* entre comunidades e até mesmo entre famílias e indivíduos (o impacto da renda sobre as capacidades é contingente e condicional)." (SEN, 2000:109-110)

[13] Essência que está na acumulação do produto social pelos detentores dos meios de produção de riqueza, sem nenhum interesse na distribuição/transferência de parte desses recursos às classes subalternas, dentre outros motivos, porque isto retiraria a competitividade de sua atividade econômica, gerando redução da produção social global.

político,[14] que acaba pendendo para o lado daqueles que precisam de ajuda social para escapar da situação de miséria e força o poder econômico a criar condições para que isso efetivamente ocorra.

Na arena dos debates políticos, isto é simplesmente perfeito. Contudo, sempre é possível – e até esperado – que o poder econômico despreze o discurso ideológico e mantenha as condições que impedem a distribuição, reproduzindo a lógica econômica à revelia do que tenta ser apresentado como reforma democrática pela política ou o direito. Ou seja, mesmo que bem fundamentado em favor da redução da miséria social, o discurso político pode ser ineficaz contra um modo de produção cujo sistema *determina* a acumulação do produto social.

SEN afirma que não há conflito (seja lógico, seja econômico) entre os direitos individuais (as chamadas liberdades públicas) e os direitos sociais (no sentido de direitos econômicos visando à eliminação da pobreza) (2000:177), e que aqueles são pressupostos destes (2000:178). Gostaria de ir um pouco além, invertendo tal afirmação: na verdade, é o desenvolvimento econômico que permite aos homens, membros de uma determinada sociedade, compreender a extensão dos direitos que tem cada um desses membros. Os direitos individuais, portanto, dependem do significado dado a eles a partir de sua compreensão social. Compreensão que depende da prática das relações sociais de produção, sobredeterminadas pela evolução das forças produtivas próprias de sua sociedade.

Nesse sentido, de fato, as liberdades públicas podem ser claramente entendidas como a parcela a que cada um tem direito do produto social fruto do trabalho conjunto de todos. De modo que não é possível considerar válido, muito menos justo, que uns tenham mais direitos (ou mais acesso ao produto social) que outros. Não houvesse, porém, a apropriação privada da maior parte da produção social por apenas uma parcela do grupo social, apropriação esta baseada em direitos considerados liberais, o desenvolvimento econômico, sem dúvida alguma, traria liberdade a todos os homens concretos de toda e qualquer sociedade humana.

Referências

[14] Que é a arena das discussões democráticas e, conforme entendimento de ALVES (1987:259), o Estado, sociedade política, é o local em que ocorre a *luta de classes*, luta esta que visa a definir a distribuição do produto social.

CAFFÉ ALVES, A. *Estado e Ideologia: Aparência e Realidade*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

PATY, M. *Inteligibilidade racional e historicidade*. Texto traduzido do original em francês por René Lenard. *In* Revista Estudos Avançados 19 (54), 2005.

SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

SUNSTEIN, C. R. The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever. New York: Basic Books, 2004.

LEI 11.340/06 – UM ESTATUTO DE PROTEÇÃO HUMANITÁRIA DA FAMÍLIA

11.340/06 Brasilian Law – a status of protection humanitarian of the family

DINIZ, Rosa Virgínia Wanderley
Faculdade Max Planck

Resumo: O presente artigo discorre sobre a Lei 11.340/06 destacando seu valor como instituto de proteção humanitária não apenas da mulher como também da família observando ainda que a norma não se restringe a enfoques penais no trato da questão mas aborda aspectos sociais prevendo tratamento multidisciplinar de forma a possibilitar atendimento a esta demanda numa perspectiva complexa.

Palavras-chaves: Violência de Gênero, Família, Direitos Humanos.

Abstract: This article is about the 11.340/06 Brasilian Law highlighting its value as an institute of humanitarian protection not only of women but of the family noting that the rule is not restricted to criminal approaches but focuses on social aspects multidisciplinary approaches to enable attend this demand in a complex perspective.

Keywords: Gender Violence, Family, Human Rights.

1. Introdução

A Lei 11.340/06, segundo sua própria disposição cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; e dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Necessário se faz observar que, em que pese generalizar-se o ordenamento como algo de cunho meramente penal, em verdade o instrumento mencionado, popularmente conhecido como Lei Maria da Penha, pretende resultados de maior amplitude a partir da ideia de criação de mecanismos para a contenção da violência doméstica e familiar.

Reafirma esta perspectiva, para além de um instituto penal, quando em sua justificação cita convenções internacionais que fazem parte do rol dos documentos de proteção humanitária, e, desta forma, passa a tratar da violência doméstica contra a mulher como questão de direito humanitário e não simplesmente como ato agressivo sem a necessária abordagem de sua complexidade.

2. Gênero, família e questão humanitária

Apenas para ilustrar, a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, datada de 1979, e inserta ao direito brasileiro através do Decreto nº. 4.377/02, tem por objeto de proteção a mulher, em virtude de ser passível de atos discriminatórios, sendo estes toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, de seus direitos civis, políticos, socioeconômicos, culturais, entre outros de forma livre e igualitária.

A ideia central é eliminar a discriminação contra a mulher para que, isenta deste ônus, possa ela exercer plenamente sua cidadania e contribuir para a sociedade. Além de dar condições para o exercício pleno da maternidade e paternidade com a divisão das responsabilidades e cuidados na criação da família.

O tema da proteção aos direitos da mulher relaciona-se com os Direitos Humanos uma vez que tem referência direta com a dignidade da pessoa humana e respeito ao próximo que são eixos basilares de toda Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), documento internacional de inconteste influência.

Por outro lado, a própria lei Maria da Penha, em seu artigo 6º, proclama que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Historicamente o gênero feminino tem sido oprimido por determinações morais, sociais, econômicas e culturais que impõem uma convivência nem sempre pacífica em um mundo cujo padrão está estruturado a partir da perspectiva masculina ou em seu extremo, machista; e que tais determinações causam, entre outros tipos de anomalia, a violência doméstica que macula a célula *mater* da sociedade, qual seja, a família legalmente prevista e protegida pelo artigo 226, § 8º, da Carta Magna.

Para o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (2007), este estereótipo vem de longa data, sendo, desde sempre, mais ou menos presente em cada momento e comunidade. Esta imposição de papéis criou uma hierarquização de poder, subordinando as mulheres aos homens.

A violência de gênero é uma das expressões dessa divisão de poderes que limita, não só a vida das mulheres, mas também a dos homens (CFEMEA,2007). E, via de conseqüência, das famílias.

Fermino (2004) aponta para a visão plural e sociológica do modelo de família adotado pela Constituição quando abrange além da família advinda do casamento, a união estável e as famílias monoparentais.

A lei, em estudo, segue além quando, em seu artigo 5º, parágrafo único, dispõe que a violência doméstica que se pretende coibir também poderá estar inserta em relações homoafetivas conforme se pode observar abaixo:

> Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
>
> I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
>
> II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
>
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
>
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Conforme o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA, 2007) o parágrafo único do artigo 5º, enfatiza a eqüidade em termos de conceito de família, protegendo as mulheres lésbicas de uma vida sem violência e também reconhecendo as relações homoafetivas entre mulheres ou homens.

Desta forma, temos por objeto de proteção da lei 11.340/06, não apenas a cônjuge virago do modelo tradicional de família, mas, toda aquela mulher, que por sua característica de gênero, seja vítima de violência dentro do contexto de diversidade familiar legalmente prevista.

Seguindo a ideia de proteção humanitária da família citamos o art. 227[15] da Constituição Federal como sendo também outro dos regramentos que a Lei Maria da Penha pretende regulamentar uma vez que se almeja, através desta política, reprimir a violência de gênero e fomentar a proteção à família,

[15] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

assegurando-se de fato o direito à convivência familiar sadia e livre de agressões de qualquer ordem na esfera doméstica de crianças e adolescentes.

Nesta perspectiva, observa-se que as dimensões do direito atingidas, quando da ocorrência de uma situação de violência doméstica, estão nas três esferas, ou seja, abalam as perspectivas libertárias, igualitárias e fraternas em que as relações sociais e jurídicas devem estar pautadas.

O que se observa é que, nos atos de violência doméstica, física ou moral, o prejuízo é projetado de forma a aspergir em toda a sociedade; a família, seus rebentos, prejudicando a construção da cidadania e promovendo uma cultura de impunidade, morosidade e descrédito do Poder Público quando não são buscadas soluções efetivas a estas situações, ponto que a lei se propõe a resolver.

3. Mecanismos não-penais previstos pela Lei Maria da Penha

A Lei 11.340/06, em seu capítulo atinente às Medidas Integradas de Prevenção apresenta uma política pública para repressão da violência doméstica que se pretende articulada entre ações governamentais, nas três esferas públicas, e não governamentais apresentado suas diretrizes conforme os incisos do artigo 8º, a seguir, dos quais serão tecidos comentários apenas àqueles que não tenham características meramente penais:

> I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

Ou seja, trato interdisciplinar da questão, onde se pretende transcender os limites penais do problema para averiguar de forma a contemplar todos os aspectos como fator de instabilidade social, diretamente impactante na saúde pública, física e psicológica dos membros da sociedade.

> II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às conseqüências e à freqüência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

Desta forma, realizar-se-á um diagnóstico técnico-científico da questão da violência doméstica para que se possam implantar políticas adequadas na busca de soluções ou mitigação de suas conseqüências quando o problema já houver se instalado.

> III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1o, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal;

Clara alusão à necessidade do combate ao preconceito de gênero, através dos meios de comunicação de massa, em todas as esferas, buscando evitar que a reprodução de estereótipos possa gerar violência ou discriminação no seio das relações familiares.

Neste sentido, nas palavras de Dias (2010), temos:

> É descabido continuar pensando a sexualidade com preconceitos, isto é, pré-conceitos, conceitos fixados pelo conservadorismo do passado e engessados para o presente e o futuro. As relações sociais são dinâmicas. Não compactuam com preconceitos que ainda se encontram encharcados da ideologia machista e discriminatória, própria de um tempo já totalmente ultrapassado. Necessário é pensar com conceitos jurídicos atuais, que estejam à altura dos dias de hoje. Para isso, é imprescindível pensar novos conceitos.

Os incisos V, VI, VIII e IX[16], do mesmo artigo em comento, preveem a estruturação para a educação visando à não-violência de gênero, de maneira formal (escolar) e informal (geral) em todos os níveis de forma a construir uma cultura de igualdade e paz.

4. Transição de modelos, sem recursos não há estrutura

A pretensão do ordenamento em comento em resolver de forma mais precisa situações de violência domiciliar a partir de uma perspectiva penal e civil encontra inquestionáveis entraves na morosidade da implantação dos institutos previstos gerando um modelo de transição bastante perverso.

Passados quatro anos da vigência da norma não se observa aplicação efetiva dos institutos prescritos tais como tratamento transversal e multidisciplinar para a questão ou mesmo implantação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em escala suficiente, hoje somam meros 43 Juizados[17], causando a sensação de que a existência dos mesmos não passa de ação de vanguarda em alguns grandes centros.

---

[16] V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

VIII- a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à eqüidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

[17] Dados de março de 2010.

O que se observa é que os órgãos públicos vocacionados ao atendimento das mulheres vítimas de violência tentam aplicar a lei dentro da possibilidade a partir dos parcos recursos financeiros e humanos disponíveis e, consequentemente, subutilizando-se o todo sistema proposto.

A fase ainda é de adequação e, infelizmente, a mera vigência da lei não transporta para a imediata realidade seus mecanismos de forma efetiva.

O próprio Conselho Nacional de Justiça, na oportunidade da IV Jornada da Lei Maria da Penha, apresentou um Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados Especiais, com o fito de levantar dados sobre a eficácia da lei e receber sugestões dos juízes especializados em violência doméstica (CNJ, 2010).

Deste ponto de vista, é imprescindível que o Poder Público, atendendo os preceitos legais destine meios necessários e suficientes para viabilizar a implantação de todo o arcabouço descrito, especialmente, com capacitação de equipes multidisciplinares com o fito de receber a mulher e a família vítimas de violência doméstica e tentar expurgar esta grave questão humanitária.

Como bem atesta o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (2007):

> Existem, ainda, muitos desafios a enfrentar até colher os frutos conquistados com a Lei Maria da Penha. Entre eles, a expansão, interiorização e o funcionamento dos serviços em rede; a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar e da equipe de atendimento multidisciplinar; a previsão de programas e ações nos planos governamentais; a garantia de recursos orçamentários suficientes; e a execução do total de recursos alocados.

5. Considerações finais

Observa-se que as disposições concernentes à Lei 11.340/06 apresentam grande valor social e jurídico uma vez que visam tratar a violência doméstica contra a mulher numa perspectiva ampliada, multidisciplinar e complexa atendendo as necessidades de uma demanda de ordem humanitária.

Entretanto, o modo como se tem aplicado atualmente o regramento gera a interpretação de que pouca diferença faz a existência desta norma ou, por outro lado, que a mesma não apresente a necessária eficácia para a resolução de assunto de interesse público tão urgente.

A subutilização da norma, que gera tais distorções, se deve a morosidade e insuficiência de subsídios financeiros e humanos por parte do Poder Público comprometendo todo o instituto de proteção social e, portanto a própria cidadania.

Referências

ALVES, F. M. **Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1133, 8 ago. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8764>. Acesso em: 7 nov. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988.

*BRASIL. **LEI 11.340/2006**.* Dispõe sobre a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

CFEMEA – Centro Feminista de Estudos e Assessoria. **Lei Maria da Penha do papel para a vida.** 2007. Disponível em: http://www.cfemea.org.br/pdf/leimariadapenhadopapelparaavida.pdf. Acesso em: 5 nov.2010.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados Especiais.** IV Jornada da Lei Maria da Penha. Mar./2010. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2119469/cnj-lanca-manual-de-rotinas-para-juizados-de-violencia-domestica-contra-a-mulher Acesso em: 9.nov.2010

DIAS, M. B. **Liberdade sexual e direitos humanos.** Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/16_-liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf Acesso em: 5 nov.2010

FERMINO, L. M. T. **A família natural e sua proteção legal.** Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente, 2004. Disponível em: http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/215/215. Acesso em: 7 nov. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher**.1979.

SISTEMAS DE GOVERNO BRASIL – URUGUAI

Systems of Government Brazil - Uruguay

LEITE, Maria do Carmo Santiago
Faculdade de Jaguariúna

RESUMO: O presente estudo comparado da Constituição da República Federativa do Brasil e da Constituição da República Oriental do Uruguai tem por finalidade analisar o sistema de governo desses países, procurando encontrar nos modelos de organização dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nas suas competências, nas relações entre o governo e o povo, e nas relações entre os Poderes suas semelhanças e diferenças.

Palavras-chave: Direito Constitucional Comparado, Sistema de Governo, Brasil e Uruguai.

ABSTRACT: This study compared of the Constitution of the Federative Republic of Brazil and the Constitution of the Oriental Republic of Uruguay want to analyze the system of government of these countries, trying to find in the models of organization of the executive, legislature and judiciary powers, in its competence, as between the government and people, and in the relations between the Powers their similarities and differences.

Keywords: Comparative Constitutional Law, Government System, Brazil and Uruguay.

1. INTRODUÇÃO

Desde que o homem em seus primórdios verificou a necessidade de associação para conquistar objetivos comuns, e com o desenvolvimento das sociedades e dos estados, houve a necessidade de regulamentá-los. Daí surge o direito constitucional para reger o Estado enquanto Poder e enquanto Comunidade para estabelecer as regras estruturais, organizacionais, o modo de aquisição do poder político, suas limitações, os direitos e garantias fundamentais de seus povos. (RENÉ DAVID, 2002)[18]

Tal entendimento é proveniente do fato de que o Direito traduz a realidade histórica e cultural dos povos, ordenando suas condutas através da

[18]RENÉ DAVID, Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, tradução Hermínio A. Carvalho-4ª ed.-São Paulo-Martins Fontes, 2002.

norma, formando o sistema jurídico e nesse sentido temos que todo Estado tem sua constituição.

Para MORAES², o estado constitucional configura-se, portanto, como uma das grandes conquistas da humanidade, que, para ser um verdadeiro Estado de qualidades no constitucionalismo moderno, deve ser um Estado democrático de direito.

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito, que é caracterizador do Estado Constitucional, significa que o estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, e está consagrado no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil , que estabelece que *" todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição"* (DUGUIT, Leon) *[3].*

Na Constituição Uruguaia o Estado Democrático de Direito vem estabelecido no art. 1º ao dispor: "*La República Oriental del Uruguay es la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio"* e em seu artigo 77º "*Todo ciudadano es miembro de la soberanía de la Nación; como tal es elector y elegible en los casos y formas que se designarán[19]".*

Assim para a maioria da doutrina pátria e estrangeira a partir do estabelecimento do estado democrático de direito surge o constitucionalismo que se originou formalmente com a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, e da Constituição Francesa de 1791 que apresentaram em seu escopo diretrizes que revolucionaram o direito constitucional, ao estabelecerem a organização do Estado e sua limitação de poder através da previsão dos direitos e garantias fundamentais.

Salienta MORAES (2009 apud Leon Duguit, p.9) que *"a partir do momento em que se compreendeu o significado da expressão Estado de Direito, emergiu a vigorosa necessidade de edificar a construção jurídica do Estado[20]".*

Juridicamente a constituição de um Estado é definida como, a lei fundamental e suprema do Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, a formação dos poderes políticos, forma de governo,forma de aquisição e perda do poder de governar, divisão de poderes, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos além de outras situações a serem determinadas segundo a história e os costumes de sua população.

No entendimento de SILVA[21], a Constituição é algo que tem, *como forma*, um complexo de normas (escritas ou costumeiras), *como conteúdo*, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.), *como fim*, a realização dos valores que apontam para o existir

[19] Constituición de la republica oriental del Uruguay, 1967,
[20] DUGUIT, Leon. Fundamentos do Direito, Iconce, p.9
[21] SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 27º ed., ed.: Malheiros, 2006.

da comunidade; e, finalmente, *como causa criadora e recriadora*, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como *conexão de sentido*, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores. Isso não impede que o estudioso dê preferência a dada perspectiva. Pode estudá-la sob o ângulo predominantemente formal, ou do lado do conteúdo, ou dos valores assegurados, ou da interferência de poder.

A maioria das constituições adotou a forma tripartida de divisão de poderes do Estado formulada por Montesquieu, onde o governo é uno, mas se divide em três poderes o Legislativo, Executivo e Judiciário.

Esta separação dos poderes políticos de estado está evidenciada na Constituição Federal da República do Brasil e também na Constituição da República Oriental do Uruguai, conforme se infere das Seções IV a XV da sua constituição promulgada em 1967[22].

No ensinamento de FREITAS[23], *Las constituciones uruguayas, desde 1830 hasta el presente, han recogido el clásico principio de la separación de poderes, com el alcance señalado por la doctrina, es decir que cada uno de los Poderes de Gobierno ejerce em forma "predominante" o "em principio" una de las funciones jurídicas estatales.*

Embora cada um desses poderes de estado tenha a sua função constitucional todos eles fazem parte do que chamamos de Sistema de Governo, tema objeto deste trabalho que está direcionado a fazer uma análise comparativa entre o Sistema de Governo adotado pelo Brasil e pelo Uruguai, após algumas considerações doutrinárias de cunho geral e pertinentes ao desenvolvimento do estudo.

2. DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Historicamente o direito constitucional comparado é tão antigo quanto à própria ciência do direito. Segundo RENÉ DAVID[24](2002) o estudo de 153 constituições que regeram as cidades gregas ou bárbaras serviu de base ao Tratado que Aristóteles escreveu sobre a Política, já Sólon, diz-se, procedeu do mesmo modo para estabelecer as leis de Atenas, e os decênviros[25], segundo a

[22]Constitución Uruguaya de 1967, actualizada 1997, sexta edición 2009, corrigida y actualizada al cuidado de Alberto Pérez Pérez – Fundación de Cultura Universitária-FCU.
[23]FREITAS, Ruben Correa, Derecho Constitucional Contemporâneo, Tomo II, 3ª Edición Actualizada, Fundacion de Cultura Universitária-FCU-2009, Montevideo-Uruguai.
[9] DAVID, René –Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, tradução Hermínio A. Carvalho-4ª ed.-São Paulo-Martins Fontes, 2002.
[10]Um **decênviro** ou **decenvirato** era uma magistratura *sine imperio*, na Roma Antiga. As funções desses magistrados eram amplas, podendo estender-se desde atividades de fiscalização, até a edição extraordinária de leis, caso da famosa lei das doze tábuas. Era uma espécie de "estágio" para as magistraturas do *cursus honorum*..GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. 16ª edição. Editora Vozes, 2005.(www.wikipédia.org)

lenda, só conceberam a lei das XII Tábuas depois de uma pesquisa por eles levadas a cabo nas cidades da Grande Grécia. Na Idade Média comparou-se direito romano e direito canônico, e o mesmo aconteceu na Inglaterra onde se discutiu, no século XVI, sobre os méritos comparado do direito canônico e da *common law*.

O reconhecimento da importância do estudo do direito comparado ocorreu no Séc. XIX e dai em diante passou a influir na filosofia do direito e na teoria geral do direito, nas distinções dos diversos ramos do direito, tais como direito público, direito privado, direito civil, direito empresarial, etc.

O direito constitucional comparado tem por fim o estudo comparativo de uma pluralidade de constituições, destacando os contrastes e semelhanças entre elas através do confronto de diferentes textos constitucionais.

Esse estudo segundo MORAES[26] e a maioria dos doutrinadores pode ser feito através de três critérios:

Pelo critério temporal, onde comparam-se no tempo as constituições de um mesmo Estado, observando-se em épocas distintas da evolução constitucional a semelhança e dessemelhança das instituições.

Pelo critério espacial, comparam-se diferentes constituições no espaço, isto é, confrontam-se constituições de diferentes Estados, vinculando estes, de preferência, a áreas geográficas contíguas.

Pelo critério da forma de Estado, onde confrontam-se constituições de países que adotam a mesma forma de Estado.

O Direito Comparado pertence ao ramo da ciência jurídica do Direito Constitucional que por sua vez pertence ao ramo do Direito Público e se distingue dos demais em razão de sua natureza específica, pois constitui a organização política do estado, estrutura, forma de governo, modo de aquisição e exercício do poder, direitos fundamentais do homem e respectivas garantias individuais.

Em cada estado nação o direito constitucional é formulado de acordo com os costumes de seus povos e seus respectivos interesses sociais e governamentais e para compreendê-lo é preciso analisar seus princípios e normas.

Todavia, é de se ressaltar que o direito comparado não é uma disciplina jurídica distinta, pois visa apenas o estudo dos diversos ordenamentos legais, com o fim de aprimorar e completar o direito pátrio de cada Estado, conduzindo à sua precisão na ordem jurídica.

No ensinamento de Mattos (2004 *apud* Guido Santiago Tawil)[27]:

[26]MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 24 ed., São Paulo,ed, Atlas, 2009.

> " é através da comparação de direitos que a doutrina rompe a barreira da fronteira, incorporando normas e aperfeiçoando métodos, sempre em busca de uma melhor definição de valores jurídicos. De igual modo, não se pode deixar de advertir que o estudo do direito comparado facilita uma melhor compreensão do direito nacional."[28]

Em suma, Mattos (2004 *apud* Marc Angel):

> " a primeira justificativa sobre a função do direito comparado é a necessidade da evolução, bastando verificar-se como a medicina, a astronomia, a química, a história, a teologia, a economia e todas as demais ciências ficariam obsoletas se não se unissem à evolução verificada no campo estrangeiro, assim como o direito, que cresce com a comparação entre o direito nacional e o sistema jurídico alienígena, nascendo, portanto, a mistura exata para o esgotamento e aprimoramento da matéria."[29]

Para Carlos Maximiliano:[30](Mattos, 2004)

> " Todo ramo de conhecimentos se inicia pelo exame e fixação de fenômenos isolados, verificações parciais; na tendência unificadora dos princípios esparsos, na comunidade de representação e de representação e de raciocínio entre seus pensantes está o sinal da objetividade da concepção jurídica; e é na passagem do subjetivo para o objetivo que a idéia, o plano se convertem num sistema; é mediante a generalização que um ramo dos estudos especiais se eleva à categoria de verdadeira ciência."

Couture,[31]em Jornadas de Derecho Comparado (Mattos,2004) defendia que:

> " La comprensión sucede al conocimento primario, pero procede al conocimento plenário. No podemos comprender sin conocer algo; pero no podremos nunca conocer todo sin haberlo comprendido en sus esencias. El derecho comparado es un instrumento de comprensión de los pueblos, porque el derecho es la historia escrita de un pueblo. Es posible que al lado de sus leyes, que son conducta prevista, se hayan desenvuelto otras conductas efectivamente vividas. Las sentencias de los jueces no siempre dicen lo que las leyes pronostican, ni toda la conducta de los cuidadanos se rige por las sentencias de los jueces. Pero; cuántas veces la leyes de um pueblo nos revelan sus estados de conciencia, sus anhelos y sus

---

[27]MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Importância do Direito Administrativo comparado . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 424, 4 set. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5619>

[28]C.f. Guido Santiago Tawil, "El Estudio del Derecho Comparado y su Incidencia en el Desarrollo del Derecho Público Interno", in Revista de Derecho Administrativo, 1991, ano 3, Depalma, Buenos Aires, p. 79.

[29]Ancel, Marc,Utilidade e Métodos do Direito Comparado, tradução de Sérgio José Porto, Fabris Editor, Porto Alegre, 1980, p. 23

[30] Maximiliano, Carlos - Hermenêutica e Aplicação do Direito, 16ª edição, 1996, Forense, Rio de Janeiro, p. 131

[31]J.Couture, Jornadas de Derecho Comparado, 1955, publicação del Centro de Estudios de Derecho Comparado, Montevideo, p. 38

> defallecimientos ! Por la misma razón por la cual conocer la ley no es comprender la ley, podemos admitir que conocer el derecho de un pueblo no significa comprender ese pueblo. Pero si algún día de nuestra vida podemos llegar a comprender las leyes de un pueblo, podemos tener cierta esperanza de llegar, con un poco más de esfuerzo, a comprender al pueblo mismo."

Na feliz dicção do mestre francês Eric Agostini (Mattos, 2004):[32]

> "Além do interesse prático, do formativo e da sua contribuição para a polêmica eterna da ontologia e do fundamento do Direito, a Comparação de Direitos é ainda uma matéria cultural do maior interesse, apta a cativar qualquer honnête homme."

Nos dias de hoje essa ciência jurídica se consagra por ser reconhecida como forma de aperfeiçoamento do direito nacional, da doutrina e da jurisprudência, além de proporcionar a compreensão dos povos estrangeiros e influir nas relações internacionais.

O Direito Constitucional Comparado na nova sociedade civil globalizada em que a comunicação superou as barreiras formais da linguagem, e o tempo caiu em desuso como instrumento viável de apreensão do processo de interação e de integração social e,consequentemente, as relações privadas não podem mais ser interpretadas a partir das categorias conceituais remissivas ao período clássico da Sociedade ocidental, vez que a sociedade atual interage de forma instantânea numa dinâmica acelerada do mundo real e virtual.

3. SISTEMAS DE GOVERNO

Sistema de Governo é definido pelos doutrinadores como o modo como se relacionam os Poderes dentro de um Estado, especialmente o Executivo e o Legislativo dando origem aos sistemas parlamentarismo, presidencialismo e diretorialismo.

Segundo SILVA [33] sistemas de governo são técnicas que regem as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo no exercício das funções governamentais. O modo como se estabelece esse relacionamento, de sorte a preponderar maior independência ou maior colaboração entre eles, ou a combinação de ambos numa assembléia, dá origem aos três sistemas básicos: o presidencial (presidencilismo), o parlamentar (parlamentarismo) e o convencional (de assembléia).

---

[32]Eric Agostini, Droit Comparé, traduzido por Paulo Ferreira da Cunha, colecção Res Jurídica, sem data, Porto, p. 6.

[33]SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 27º ed., ed.: Malheiros, 2006.

3.1. PRESIDENCIALISMO

O Presidencialismo foi uma criação americana em decorrência da aplicação das idéias democráticas, concentradas na liberdade e na igualdade dos indivíduos e na soberania popular, inspirados nas idéias de Montesquieu.

Para BARRUFFINI[34](2006), tal sistema consagrava a soberania da vontade popular e, ao mesmo tempo, um mecanismo de governo que impedia a concentração do Poder. Os autores são unânimes em afirmar que o sistema presidencial norte-americano aplicou, com o máximo rigor possível, o princípio dos freios e contrapesos, contido na doutrina da separação dos poderes. O certo é que os fundadores do Estado norte-americano tinham consciência de estar criando uma nova forma de governo. A obra de Montesquieu teve grande repercussão e aplicação, principalmente no tocante à liberdade, à igualdade, e à soberania popular.

Esse sistema possui como características principais as seguintes:

- É típico dos regimes republicanos.

- O Presidente da República é chefe do Estado, do Governo e da Administração Pública.

- O Presidente é escolhido pelo povo.

- O Poder Legislativo é eleito pelo povo.

- Prevalece o princípio da divisão de poderes.

3.2. PARLAMENTARISMO

O sistema parlamentar segundo BARRUFFINI[35](2006), teve sua origem na Monarquia Inglesa e foi construído ao longo do tempo sem que houvesse um movimento político determinado, mas foi no final do Século XIX que acabou sendo consagrado pela doutrina como sistema de governo e tendo a Inglaterra como modelo.

Nesse sistema de governo o Poder Legislativo, não se limita a fazer leis, ele é também o responsável pelo controle do governo.

No parlamentarismo o Rei ou o Presidente é o chefe do Estado, exerce uma função representativa e não participa das decisões políticas. A chefia do

[34]BARRUFFINI, José Carlos Tosetti, Direito Constitucional 1ª ed., ed. Saraiva, 2006
[35]BARRUFFINI, José Carlos Tosetti, Direito Constitucional 1ª ed., ed. Saraiva, 2006

governo é exercida por um Conselho de Ministros, sendo que um deles é eleito ou nomeado como Primeiro Ministro (BARRUFFINI[36]2006).

O Primeiro Ministro como é designado na maioria dos países que adotaram esse sistema de governo, é a figura central do governo, ele possui o poder político e executivo (BARRUFFINI[37]2006).

O Poder Legislativo assume no Parlamentarismo funções político-governamentais mais amplas, e se transforma em Parlamento, na medida em que compreende também os membros do governo: Primeiro Ministro e Conselho de Ministros, sejam ou não parlamentares, o governo é responsável ante o Parlamento, o que significa que o governo depende de seu apoio e confiança para governar (SILVA,2006, p. 507).[38]

Nesse sistema o Parlamento é o responsável perante os eleitores, segundo SILVA (2006, p.507)[39] a responsabilidade política se realiza do governo para com o Parlamento e deste para com o povo.

Esse sistema possui como características principais as seguintes:

- O povo elege o Parlamento.

- O Parlamento elege o Primeiro Ministro.

- O Parlamento pode ser dissolvido.

- O Rei ou o Presidente não exercem o poder político e nem executivo.

3.2. DIRETORIALISMO

O Sistema Diretorial ou convencional caracteriza-se pela subordinação do Poder Executivo ao Legislativo e teve sua origem na França, com a Constituição de 1793 (BARRUFFINI[40]2006).

Nesse sistema de governo, com exceção do Poder Judiciário, não há separação das funções estatais, o mesmo órgão à Assembléia legisla e administra o Estado.

[36]BARRUFFINI, José Carlos Tosetti, Direito Constitucional 1ª ed., ed. Saraiva, 2006
[37]BARRUFFINI, José Carlos Tosetti, Direito Constitucional 1ª ed., ed. Saraiva, 2006
[38] SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 27º ed., ed.: Malheiros, 2006.
[20] SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 27º ed., ed.: Malheiros, 2006.
[39] SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 27º ed., ed.: Malheiros, 2006.
[40]BARRUFFINI, José Carlos Tosetti, Direito Constitucional 1ª ed., ed. Saraiva, 2006

O chefe do Estado é figura meramente decorativa, o Conselho Federal, destinado a executar as leis, tem caráter secundário e irrelevante, sem cunho político, não podendo seus membros ser destituídos por motivos políticos (BARRUFFINI,2006).[41]

Na atualidade esse sistema é usado na Suíça, Hungria, Romênia.

4. SISTEMA DE GOVERNO DO BRASIL

No Brasil o sistema de governo adotado foi o Presidencialismo que segue a clássica divisão de poderes, consagrada na obra de Montesquieu "O espírito das leis", que consiste em distinguir três funções estatais, a legislativa, a executiva e a judiciária, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal.(MORAES, 2006)[42]

MORAES[43] considerou interessante citar a lição de Ives Gandra da Silva Martins, ao dizer que:

> "O que Locke e a Inglaterra ofertaram para o aprofundamento temático de Montesquieu foi a tripartição equilibrada de poder. Hoje, estamos convencidos – quanto mais lemos os autores modernos – de que, em matéria de Direito, pouco se acrescentou ao que os romanos criaram, e, em matéria de Filosofia, pouco se acrescentou ao que os gregos desvendaram. Qualquer filósofo posterior, como Políbio que era historiador, passando por Hume, Hobbes, Locke, Bacon, Maquiavel – historiador, filósofo, político, sociólogo – Rousseau e outros, traz pequena contribuição ao pensamento universal descortinado pelos gregos. Tenho a impressão de que depois dos gregos pouca coisa se pôde criar. Criaram-se variações inteligentes, mas o tema central de Filosofia se encontra na Grécia e o do Direito em Roma. Ora, com a tripartipação equilibrada dos poderes de Montesquieu, chega-se a discussão do sistema de governo, já a esta altura, após a Revolução Francesa, eliminando-se de vez a possibilidade de se discutir a permanência de monarquias absolutas."

A Constituição Federal do Brasil, além da separação das funções do Estado inovou principalmente para evitar o desrespeito aos direitos fundamentais do homem e o arbítrio prevendo conjuntamente com o Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a Instituição do Ministério Público. Todos estes órgãos são independentes e harmônicos entre si, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.(MORAES, 2009)[44]

O Direito Constitucional Contemporâneo, apesar de considerar a clássica repartição tripartite de Poderes, entende que esta não pode ser rígida, mas deve se adequar ao avanço e aos interesses da sociedade, através de

[41]BARRUFFINI, José Carlos Tosetti, Direito Constitucional 1ª ed., ed. Saraiva, 2006
[42]MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 24 ed., São Paulo,ed, Atlas, 2009.
[43]MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 24 ed., São Paulo,ed, Atlas, 2009.
[44]MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 24 ed., São Paulo,ed, Atlas, 2009.

controles recíprocos, denominado pelos doutrinadores como “freios e contrapesos”.(MORAES, 2009)[45]

Nesse sentido a Constituição Federal de 1988, contribuiu para fortalecer o equilíbrio entre os Poderes e a opção de elevar a Instituição do Ministério Público a defensor dos direitos fundamentais e fiscal das funções do Estado e teve por fim aplicar a teoria dos freios e contrapesos, pois um Estado democrático de direito precisa de poderes e instituições independentes e harmônicos entre si, além de instrumentos que permitam a fiscalização dos mesmos, pois a falência de um, acarretará a dos demais, possibilitando o retorno do arbítrio e da ditadura.(BARRUFFINI,2006)[46]

4.1. PODER LEGISLATIVO

O art. 2º da Constituição Federal, estabeleceu a divisão de poderes e o art. 70 da mesma norma, definiu as funções típicas do Poder Legislativo que são legislar e fiscalizar, tendo ambos o mesmo grau de importância, prevê regras de processo legislativo, dispõe sobre sua organização administrativa, competindo ainda a ele a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo. (MORAES, 2009)[47]

No Brasil o Poder Legislativo é bicameral e exercido pelo Congresso Nacional que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal cujo objetivo é manter a paridade entre os estados que compõem a federação, consagrando o equilíbrio entre os mesmos. (MORAES, 2009)[48]

O Congresso Nacional é presidido pelo Presidente do Senado Federal e os demais cargos serão exercidos de forma alternada pelos ocupantes de cargos equivalentes tanto da Câmara dos Deputados como do Senado.

As atribuições do Congresso Nacional vêm definidas na Constituição Federal no artigo 48 as que exigem a participação do Poder Executivo por meio da sanção presidencial e no artigo 49 as que possuem competência exclusiva.

Segundo BARRUFFINI(2006)[49] é de lembrar que à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, bem como a qualquer de suas Comissões, atribui-se o poder de convocar Ministros de Estado ou titulares de órgãos subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto determinado, podendo caracterizar crime de responsabilidade a ausência não justificada. Constitui também atribuição do Congresso Nacional o julgamento do Presidente da República e de outras altas autoridades federais pela prática de crimes de responsabilidade, bem como a

[45]MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 24 ed., São Paulo,ed, Atlas, 2009.
[46]BARRUFFINI, José Carlos Tosetti, Direito Constitucional 1ª ed., ed. Saraiva, 2006
[47]MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 24 ed., São Paulo,ed, Atlas, 2009.
[48]MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 24 ed., São Paulo,ed, Atlas, 2009.
[49]BARRUFFINI, José Carlos Tosetti, Direito Constitucional 1ª ed., ed. Saraiva, 2006

aprovação de emendas à Constituição, considerando-se que o Poder Constituinte de reforma foi atribuído pelo poder constituinte originário às duas Casas Legislativas Federais.

4.1.1. CÂMARA DOS DEPUTADOS

A Câmara dos Deputados é composta por representantes eleitos pelo povo, pelo sistema proporcional da população de cada Estado, Território e Distrito Federal.

MORAES (2009 apud PINTO FERREIRA, 1993)[50], explica que:

> "a representação proporcional é um sistema através do qual se assegura aos diferentes partidos políticos no Parlamento uma representação correspondente à força numérica de cada um. Ela objetiva assim fazer do Parlamento um espelho tão fiel quanto possível do colorido partidário nacional".

E segundo MORAES (2009)[51] citando diversos doutrinadores tais como Duverger, Sartori e Canotilho, esse seria o melhor sistema eleitoral para a democracia, pois tende a aproximar mais o eleitor dos eleitos, garantindo maior igualdade entre a maioria e a minoria na participação política.

Porem, a própria Constituição Federal atenua o princípio da proporcionalidade ao fixar independente da população, números fixos de quatro deputados por território, além de por lei ordinária adotar o método do quociente eleitoral que consiste na divisão total dos votos válidos dados em candidatos pelo número de cargos em disputa.

São atribuições privativas da Câmara dos Deputados: autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração do processo contra o Presidente e o Vice Presidente da República e os Ministros de Estado. Proceder a tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de 60 dias após a abertura da sessão legislativa. Eleger seu regimento interno, dispor sobre sua organização e funcionamento. Iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração e escolher dois membros para o Conselho da República.(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL)[52]

4.1.2. SENADO FEDERAL

O Senado é composto de representantes eleitos pelo povo segundo o princípio majoritário, sendo que cada Estado e o Distrito Federal terão três

[50]MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 24 ed., São Paulo,ed, Atlas, 2009.
[51]MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 24 ed., São Paulo,ed, Atlas, 2009.
[52] Constituição Federal do Brasil (1988). Vade Mecum. Editora Saraiva. São Paulo. 2010.

Senadores com mandado de oito anos e o artigo 52 da Constituição Federal[53] estabelece a competência privativa do Senado Federal (MORAES,2009)[54]

Os membros do Poder legislativo gozam no exercício de sua função de imunidades parlamentares que são verdadeiros privilégios face ao direito comum ,para que os membros do Congresso Nacional possam desempenhar suas funções de forma adequada. O objetivo é assegurar a irresponsabilidade pessoal do deputado ou senador quanto aos atos praticados no exercício e sua função, tudo com o fim de defender o parlamento, a manutenção da legalidade e da própria existência e sobrevivência da democracia (BARRUFFINI, 2006).[55]

Ao Poder Legislativo compete ainda a instalação das Comissões Parlamentares de Inquérito, com a incumbência de tratar determinado assunto, com poderes de investigação próprio das autoridades judiciais, desempenham papel de fiscalização e controle da Administração.(MORAES,2009)[56]

4.2. PODER EXECUTIVO

Segundo (MORAES,2009)[57], o Poder Executivo constitui (órgão constitucional) cuja função precípua é a prática dos atos de chefia do estado, de governo e de administração. A chefia do Poder Executivo foi confiada pela Constituição Federal do Brasil, ao Presidente da República, a quem compete seu exercício, auxiliado pelos Ministros de Estado, compreendendo, ainda, o braço civil da administração (burocracia) e o militar (Forças Armadas), consagrado mais uma vez o presidencialismo, concentrado na figura de uma única pessoa a chefia dos negócios do Estado e do Governo.

Apesar da clássica separação dos Poderes ter sido adotada, pelo constituinte de 1988, no art. 2º, ao afirmar que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário foram consagrados pela Constituição Federal, como já visto anteriormente, em relação a todos os Poderes de Estado, funções típicas e atípicas, inexistindo, pois, exclusividade absoluta, no exercício dos misteres constitucionais.(MORAES,2009)[58]

Para SILVA (2006)[59], isso caracteriza o *sistema de governo Presidencialista*, como vimos, pois que o Presidente da República, como Chefe do Poder Executivo enfeixa as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo, e não depende da confiança do Congresso, para ser investido no

[53]Constituição Federal do Brasil (1988). Vade Mecum. Editora Saraiva. São Paulo. 2010.

[54]MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 24 ed., São Paulo,ed, Atlas, 2009.
[55]BARRUFFINI, José Carlos Tosetti, Direito Constitucional 1ª ed., ed. Saraiva, 2006
[56]MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 24 ed., São Paulo,ed, Atlas, 2009.
[57]MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 24 ed., São Paulo,ed, Atlas, 2009.
[58]MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 24 ed., São Paulo,ed, Atlas, 2009.
[59] SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 27º ed., ed.: Malheiros, 2006.

cargo, nem para nele permanecer, uma vez que tem mandato de quatro anos, ao contrário do que ocorre no sistema de governo parlamentar.

O Presidente da República é eleito, simultaneamente com um Vice Presidente, dentre brasileiros natos que preencham as condições de elegibilidade previstas na Constituição Federal através do sufrágio universal e voto direto e secreto, mantendo o principio da maioria absoluta de votos, não computados os votos brancos e nulos. Se nenhum candidato alcançar essa maioria, far-se-á um segundo turno de eleição, concorrendo apenas os dois candidatos mais votados, tendo-se como eleito aquele que conseguir a maioria dos votos válidos.(SILVA, 2006)[60]

Assim, como Chefe de Estado, o Presidente representa, pois, nas suas relações internacionais (art.84, VII e VIII, XIX), bem como corporifica, a unidade interna do Estado. Como Chefe de Governo, a função presidencial corresponde à representação interna, na gerência dos negócios internos, tanto os de natureza política (participação no processo legislativo), como nos de natureza eminentemente administrativa (art. 84,I,II,III,IV.V,VI,IX a XXVII). Assim, o Chefe de Governo exercerá a liderança da política nacional, pela orientação das decisões gerais e pela administração da máquina administrativa.(MORAES,2009)[61]

As atribuições privativas do Presidente da República estão descritas no artigo 84 da Constituição Federal[62]tais como a nomeação e exoneração dos Ministros de Estado; o exercício, com o auxílio dos Ministros de Estado da direção superior da administração federal;vetar projetos de lei, total ou parcialmente;manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;decretar e executar a intervenção federal, etc.

O Vice Presidente da República é eleito conjuntamente com o Presidente da República, devendo integrar a mesma coligação partidária e a ele cabe substituir o Presidente, nos casos de impedimento tais como doença, licença, férias e suceder-lhe no caso de vacância, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei complementar, auxiliará o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais.(SILVA, 2006)[63]

Para (MORAES,2009)[64], as funções do Vice Presidente podem ser classificadas em próprias ou típicas e impróprias e atípicas. As funções próprias são aquelas expressas na constituição ou em lei complementar: substituição (CF, art.79) e sucessão do Presidente da República (CF,art.80), participação nos Conselhos da República (CF, art.89,I) e de Defesa Nacional (CF, art. 91,I). As funções impróprias são aquelas que o Vice Presidente

[60] SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 27º ed., ed.: Malheiros, 2006.
[61]MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 24 ed., São Paulo,ed, Atlas, 2009.
[62]Constituição Federal do Brasil (1988). Vade Mecum. Editora Saraiva. São Paulo. 2010.

[63] SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 27º ed., ed.: Malheiros, 2006.
[64]MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 24 ed., São Paulo,ed, Atlas, 2009.

auxiliará nos termos do art. 79 da Constituição Federal, o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais.

O Presidente da República conta com dois órgãos superiores de consulta. O Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, ambos com composição definidas na Constituição Federal, e cujas deliberações não vinculam as decisões da Presidência.(BARRUFFINI,2006)[65]

4.3. PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário (MORAES,2009)[66]é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois, como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornar-se-iam vazios. Esta concepção resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos.A Constituição Federal enumera, no art. 92, os órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais, os Tribunais e Juizes Militares e os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, disciplinando-os a seguir, com ampla independência, pois, como apontado por Clèmerson Merlin Clève:

> " talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça Brasileira."

Dessa forma, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesse. As funções atípicas são as de natureza administrativa e legislativa.

A jurisdição hoje é monopólio do Poder Judiciário do Estado conforme consta da Constituição Federal.

A legislação edita normas de caráter geral e abstrato e a jurisdição toma como fundamento tais normas para a solução das lides. Ela se dirige a determinada pessoa, e esta relacionada com uma ordem individualizada e concreta, sobre um bem especificado (BARRUFFINI,2006).[67]

[65]BARRUFFINI, José Carlos Tosetti, Direito Constitucional 1ª ed., ed. Saraiva, 2006
[66]MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 24 ed., São Paulo,ed, Atlas, 2009.
[67]BARRUFFINI, José Carlos Tosetti, Direito Constitucional 1ª ed., ed. Saraiva, 2006

Segundo (SILVA, 2006)[68], ato jurisdicional é o que emana dos órgãos jurisdicionais no exercício de sua competência constitucional respeitante à solução de conflitos de interesses.

Ao discorrermos sobre o Poder Judiciário, não poderíamos deixar de explanar sobre o Conselho Nacional de Justiça,(BARRUFFINI,2006)[69], cujo objetivo é o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Esse tipo de órgão é benéfico à eficácia das funções judiciais, não só por sua colaboração na formulação de uma verdadeira política judicial, como também porque impede os integrantes do Poder Judiciário se convertam num corpo fechado e estratificado. Sob outro aspecto, não é desprezível a idéia de que esse tipo de órgão contribua para dar legitimidade democrática aos integrantes do Poder Judiciário, cuja investidura não nasce da fonte primária da democracia, que é o povo. (SILVA, 2006)[70]

Esse conselho é composto por quinze membros e integrado por representantes do Judiciário, do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil e da Sociedade Civil. Como é obvio, a presença de representantes da sociedade civil no Conselho vai dar maior transparência ao Judiciário e facilitar a punição de eventuais deslizes da Magistrados. Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. O Conselho será presidido pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal. (BARRUFFINI,2006)[71]

A força das decisões do Conselho é tão grande que lhe cabe até mesmo apreciar de ofício ou mediante provocação a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei.(BARRUFFINI,2006)[72]

5. SISTEMA DE GOVERNO DO URUGUAI

Nos países da América Latina, logo após a independência de Espanha e Portugal no século XIX, incorporou-se o sistema de governo presidencial, mas com a introdução de alguns institutos próprios do sistema parlamentar, como ocorre no sistema de governo do Uruguai, onde existe a interferência do referendo ministerial nos decretos e resoluções expedidos pelo Presidente da República, a interpelação dos Ministros pelas Câmaras do Poder Legislativo e

[68] SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 27º ed., ed.: Malheiros, 2006.
[69] BARRUFFINI, José Carlos Tosetti, Direito Constitucional 1ª ed., ed. Saraiva, 2006
[70] SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 27º ed., ed.: Malheiros, 2006.
[71] BARRUFFINI, José Carlos Tosetti, Direito Constitucional 1ª ed., ed. Saraiva, 2006
[72] BARRUFFINI, José Carlos Tosetti, Direito Constitucional 1ª ed., ed. Saraiva, 2006

o pedido de dados informativos do legislativo para o Poder Executivo.(CORREA FREITAS, 2009 apud REAL,1962)[73]

A República Oriental do Uruguai consagrou como sistema de governo o presidencialismo, através de sua atual Constituição vigente desde 1967, com as reformas introduzidas pela reforma constitucional de 1997.

CORREA FREITAS[74], ensina que a atual constituição consagrou um sistema de governo Presidencial atenuado ou um semi presidencialismo, onde o Poder Executivo é exercido em conjunto com os Ministros e com o Conselho de Ministros (art.149 a 168 da Constituição).

O Presidente da República é eleito de forma direta pelos cidadãos, por maioria absoluta de votos pelo período de cinco anos.

No que se refere aos Ministros de Estado, estes são responsáveis politicamente perante o Parlamento, que pode censurá-los por seus atos de administração e governo.

O Presidente da República nos termos atribuídos na Constituição, pode dissolver as câmaras, mantendo-se os ministros censurados, e convocar novas eleições legislativas da Câmara dos Senadores e da Câmara dos Representantes. (CORREA FREITAS, 2009)[75]

As constituições uruguaias desde 1830 até a presente, adotou o princípio da separação de poderes através da forma clássica idealizada por Montesquieu aplicando a cada um dos Poderes funções específicas.

5.1 DO PODER LEGISLATIVO

O Poder legislativo tem a seu cargo o exercício predominante da função legislativa. No art. 83[76] e seguintes da Constituição da República Uruguaia, ficou estabelecido que o Poder Legislativo será exercido pela Assembléia Geral, que é composta por duas Câmaras Permanentes, uma de Representantes e outra de Senadores, cuja Presidência será exercida pelo Vice Presidente da República e será composta por cento e trinta membros que

[73]CORREA FREITAS, Rubens, Derecho Constitucional Contemporáneo, 3ª ed. Fundacion de Cultura Universitaria, 2009, REAL, Alberto Ramón, “Neoparlamentarismo en América Latina”, en Revista de la Faculta de Derecho y Ciências Sociales, Mdeo.,1962.
[74]CORREA FREITAS, Rubens, Derecho Constitucional Contemporáneo, 3ª ed. Fundacion de Cultura Universitaria, 2009.
[75]CORREA FREITAS, Rubens, Derecho Constitucional Contemporáneo, 3ª ed. Fundacion de Cultura Universitaria, 2009.
[76]**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA -** Constitución 1967 con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004, Montevideo, Uruguay.Poder Legislativo.

poderão atuar em conjunto ou separadamente, segundo as disposições da Constituição. (CORREA FREITAS, 2009)[77]

A Assembléia Geral é um órgão que tem funções e competências específicas atribuídas pela Constituição em seu artigo 85, onde podemos destacar a designação de autoridades de órgãos do Estado, solucionar conflitos entre as duas Câmaras, considerar os vetos impostos pelo Poder Executivo as leis, instituir a Comissão Permanente que é um órgão competente durante o período de recesso das Câmaras, e que não tem a seu cargo a função legislativa, mas sim de controlar e coadministrar junto com o Poder Executivo. (CORREA FREITAS, 2009)[78]

Essa Comissão Permanente conforme consta dos artigos 127 a 132 da Constituição da República[79] é composta por quatro membros da Câmara do Senadores e Quatro membros da Câmara de Representantes designados pelo sistema proporcional de suas respectivas Câmaras. Essa designação é feita anualmente, nos primeiros quinze dias da constituição da Assembléia Geral e se inicia em cada período de sessões ordinárias.

5.1.1 CÂMARA DE REPRESENTANTES

A Câmara dos Representantes é composta por noventa e nove membros que são eleitos pelo povo, de acordo com um sistema de representação proporcional, em que se deve tomar em conta os votos emitidos a favor de cada partido em todo o país.

Do artigo 88 da Constituição no ensinamento de (CORREA FREITAS, 2009)[80] se depreendem três coisas importantes. Que os membros da Câmara de Representantes são eleitos por cada um dos dezenove Departamentos que tem o Uruguai. O sistema de representação previsto na Constituição é proporcional aos votos emitidos a favor de cada coligação de partido em todo país. Os Representantes são eleitos para exercer seu mandato por cinco anos, podendo ser reeleitos indefinidamente, sendo requisito para candidatar-se ser maior de vinte e cinco anos completos e com cinco anos de exercício legal da cidadania.

5.1.2. CÂMARA DE SENADORES

[77]CORREA FREITAS, Rubens, Derecho Constitucional Contemporáneo, 3ª ed. Fundacion de Cultura Universitaria, 2009.
[78]CORREA FREITAS, Rubens, Derecho Constitucional Contemporáneo, 3ª ed. Fundacion de Cultura Universitaria, 2009.
[79]**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA -** Constitución 1967 con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004,Montevideo, Uruguay.Poder Legislativo.
[80]CORREA FREITAS, Rubens, Derecho Constitucional Contemporáneo, 3ª ed. Fundacion de Cultura Universitaria, 2009.

A Câmara dos Senadores da República Oriental do Uruguai se compõe de trinta membros que são eleitos diretamente pelo povo, em uma só circunscrição eleitoral (art. 84 CR)[81], pelo sistema de representação proporcional integral.

A Câmara de Senadores também é integrada pelo Vice Presidente da República, que tem voz e voto, e é quem exerce a Presidência da Câmara de Senadores e também a presidência da Assembléia Geral (art. 94 CR)[82].

O mandado dos Senadores é de cinco anos e para serem eleitos precisam ser cidadãos naturais ou legais com sete anos de exercício da cidadania eleitoral e terem idade de 30 anos completos. (CORREA FREITAS, 2009)[83]

5.2 DO PODER EXECUTIVO

O Poder Executivo no regime constitucional do Uruguai, não é o único órgão que exerce a função administrativa, porque a função administrativa também é exercida pelo Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário, pelo Tribunal do Contencioso Administrativo, pela Corte Eleitoral, pelo Tribunal de Contas, pelos entes autônomos, pelos serviços descentralizados e pelos governamentais. (CORREA FREITAS, 2009)[84]

O Poder Executivo tem assegurado pela Constituição o exercício de outras funções jurídicas do Estado, como sua participação no exercício da função legislativa e na função jurisdicional.

Para (CORREA FREITAS, 2009)[85], o Poder Executivo se estrutura com base no sistema centralizado, onde os diferentes órgãos que o integram estão submetidos a uma hierarquia. Os órgãos que integram o Poder Executivo são os seguintes: A Presidência da República, os Ministérios e os órgãos assessores que são os Escritórios de Planejamento e Orçamento e o Escritório Nacional de Serviço Civil.

[81]**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA -** Constitución 1967 con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004, Montevideo, Uruguay.Poder Legislativo.
[82]**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA -** Constitución 1967 con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004, Montevideo, Uruguay.Poder Legislativo.
[83]CORREA FREITAS, Rubens, Derecho Constitucional Contemporáneo, 3ª ed. Fundacion de Cultura Universitaria, 2009.
[84]CORREA FREITAS, Rubens, Derecho Constitucional Contemporáneo, 3ª ed. Fundacion de Cultura Universitaria, 2009.
[85]CORREA FREITAS, Rubens, Derecho Constitucional Contemporáneo, 3ª ed. Fundacion de Cultura Universitaria, 2009.

5.2.1. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

A Presidência é um órgão unipessoal, cujo titular é o Presidente da República, que é eleito diretamente pelo povo juntamente com o Vice Presidente, por maioria absoluta de votos, entre candidatos únicos apresentados por cada partido político e eventualmente pode ocorrer uma segunda votação entre os dois candidatos mais votados (art. 151CR).

O mandato do Presidente e do Vice Presidente é de cinco anos, sendo proibida a reeleição pelo período de cinco anos, a remuneração dos mesmos são fixadas por lei antes de cada eleição e não podem ser alteradas até o término do mandato de seus cargos.

O Presidente da República é Chefe do Estado e Chefe do Governo. Como Chefe de Estado ele tem competências próprias estabelecidas pela Constituição da República, cujos atos jurídicos somente precisam da assinatura do Presidente e não precisam ser referendados pelo Ministério.

Como Chefe do Governo, é o Presidente que dá a orientação política do governo, embora não seja ele responsável politicamente diante do Parlamento, como se fossem os Ministros de Estado que podem ter seus atos administrativos e de governo censurados pelo Poder Legislativo. (CORREA FREITAS, 2009)[86]

Existem atos administrativos do Poder Executivo que sempre devem ser referendados pelo Presidente e pelos Ministros conforme dispõe o art. 165, nº. 25 da Constituição.

Sobre esse particular ensina CASSINELLI MUÑOZ que:

> " la competencia de la Presidencia de la República en Uruguay comprende atribuciones que son típicas de la Jefatura del Estado en los sistemas parlamentarios (representación del Estado, adjudicación de los Ministérios, cesantia de los Ministros, disolución de las Câmaras), o configuran resortes complementarios propios del parlamentarismo racionalizado (observación del voto de censura, convocatoria del Consejo de Ministros), y atribuiciones que no reflejan la tradición comparada y aparecen por ello, como atípicas (potetaos jerárquicas sobre la Oficina del Planeamiento y Pressupuesto, designación y destitución de su Director). (CORREA FREITAS, 2009 apud CASSINELLI MUÑOZ, 1971)[87]

Na prática governamental do Uruguai o Poder Executivo exerce normalmente suas competências por meio de acordo individual ou plural de Ministros, reunindo de forma excepcional com o Conselho de Ministros, reunindo de forma excepcional com o Conselho de Ministros somente nos casos exigidos pela Constituição e quando as circunstâncias políticas exigirem.

[86]CORREA FREITAS, Rubens, Derecho Constitucional Contemporáneo, 3ª ed. Fundacion de Cultura Universitaria, 2009.
[87]CASSINELLI MUÑOZ, Horácio, "La Jefatura de Estado en la Constitución uruguaya" em "Estudios sobre Derecho Constitucional", F.C.U., Mdeo, 1971, p. 65

5.3. DO PODER JUDICIAL

O Poder Judicial no sistema de governo do Uruguai tem a seu cargo o exercício predominante da função jurisdicional.

O art. 233 da Constituição dispõe*:*

> "El Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados, en la forma que estabeleciere la ley."

A estrutura orgânica do Poder Judiciário se compõe hierarquicamente pela *Suprema Corte de Justicia, por Tribunales de Apelaciones, Juzgados Letrados* e *Juzgados de Paz.*

Além do Poder Judiciário a Constituição Uruguaia (art. 233) estabelece que outros órgãos podem exercer a função jurisdicional.

Segundo (CORREA FREITAS, 2009)[88], os outros órgãos que exercem a função jurisdicional são: O *Tribunal de lo Contencioso Administrativo* (art. 309 CR) que tem a seu cargo a Justiça Administrativa, a *Corte Electoral* (art. 322 CR) que tem a seu cargo a Justiça Eleitoral, o *Poder Ejecutivo* (art.253 CR) que tem a seu cargo a jurisdição militar, o *Senado* (art. 102 CR) que tem competência de emitir sentença de juízo político.

6. CONCLUSÃO

Apesar de ambos os países possuírem a democracia como princípio e adotarem o sistema de governo presidencial e a divisão clássica de poderes idealizada por MONTESQUIEU, e terem seguido o mesmo modelo da Constituição Federal Norte-Americana de 1787, vários fenômenos históricos e políticos marcaram e influenciaram na formação e nas alterações da Constituição Federal, dando a ambos os países uma conotação distinta em suas normas.

Nesse sentido FREITAS[89] (2009, *apud* DUVERGER)expressa que:

> "...si bien el constitucionalismo iberoamericano consagró el principio de la separacion de poderes, el Poder Ejecutivo ejerce un claro predominio sobre los Poderes Legislativo y Judicial, lo que ha llevado al profesor LAMBERT a denomina a estos regímenes como de "preponderancia presidencial".

[88]CORREA FREITAS, Rubens, Derecho Constitucional Contemporáneo, 3ª ed. Fundacion de Cultura Universitaria, 2009.
[89] FREITAS, Ruben Correa, Derecho Constitucional Contemporâneo, Tomo II, 3ª Edición Actualizada, Fundacion de Cultura Universitária-FCU-2009, Montevideo-Uruguai

O estudo comparado do sistema de governo do Brasil e do Uruguai demonstrou que:

No Brasil temos um sistema puro e acentuado de separação de Poderes, com funções definidas e sem que um Poder interfira no outro, mantendo a independência e a harmonia entre eles conforme estabelecido no art. 2º da Constituição Federal. A mesma legislação ainda em seu artigo 60, parágrafo quarto coloca a separação de Poderes como cláusula pétrea, ou seja, aquela insuscetível de objeto de emenda constitucional e, portanto, não pode ser suprimida da Constituição do Brasil.

O Presidente da República do Brasil, além da função de Chefe de Governo e de Estado possui ainda função legislativa através de Medidas Provisórias, o que deixa evidente a sua liderança política e seu poder na direção da administração federal, onde é responsável pelos atos de seus Ministros de Estado, vez que estes são meros auxiliares do Presidente.

Nas relações com o Parlamento o Poder Executivo tem poder de vetar as leis aprovadas pelo Poder Legislativo, bem como em determinados casos expressos na Constituição o Presidente precisa do referendo do Poder Legislativo.

O Poder Judiciário só possui função jurisdicional, sendo considerado por muitos doutrinadores como um órgão inerte, pois necessita sempre da provocação das partes e só aplica a lei nos casos concretos e sua função legislativa restringe-se apenas nos regulamentos internos.

No Uruguai o sistema de governo é mais atenuado e a separação de Poderes é menos rígida, apesar dos Poderes possuírem funções pré estabelecidas na Constituição Federal isso não os deixa totalmente independentes, uma vez que o Poder Executivo pode dissolver o Poder Legislativo e este por outro lado pode censurar os atos administrativos dos Ministros de Estado. O Presidente da República do Uruguai também exerce a função de Chefe de Estado e Chefe de Governo, só que a responsabilidade administrativa da Nação é dividida com o Ministros de Estado que também são responsáveis pelos seus atos e podem receber censura por parte do Parlamento. Nem todos os atos administrativos podem ser emanados pelo Presidente, existem atos que precisam ser referendados pelo Conselho de Ministros, cuja constituição consagra quais são as competências exclusivas.

O Poder Judiciário no Uruguai não possui a exclusividade da jurisdição pois esta também pode ser exercida por outros órgãos como estabelecido pela constituição.

Estas foram as principais semelhanças e diferenças encontradas nesse estudo comparado sobre o sistema de governo do Brasil e do Uruguai.

REFERÊNCIAS

ANCEL, M. **Utilidade e Métodos do Direito Comparado**, tradução de Sérgio José Porto, Fabris Editor, Porto Alegre, 1980, p. 23

BARRUFFINI, J. C. T. **Direito Constitucional** 1ª ed., ed. Saraiva, 2006

BRASIL. **Constituição da República Federativa** do (1988). Vade Mecum. Saraiva. São Paulo. 2010.

CASSINELLI MUÑOZ, H. La Jefatura de Estado en la Constitución uruguaya em Estudios sobre Derecho Constitucional, F.C.U., Mdeo, 1971, p. 65

CORREA FREITAS, R. **Derecho Constitucional Contemporâneo**. 3ª Ed., FCU. Montevideo. 2009.

DUGUIT, L. **Fundamentos do Direito**, Iconce, p.9.

AGOSTINI, E. **Droit Comparé**, traduzido por Paulo Ferreira da Cunha, colecção Res Jurídica, sem data, Porto, p. 6.

COUTURE, J. **Jornadas de Derecho Comparado**, 1955, publicação del Centro de Estudios de Derecho Comparado, Montevideo, p. 38

MATTOS, M. R. G. **Importância do Direito Administrativo Comparado**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 424, 4 set. 2004. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5619

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 16ª edição, 1996, Forense, Rio de Janeiro, p. 131.

MORAES, A. **Direito Constitucional**, 24º ed., São Paulo, ed, Atlas, 2009.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 27º ed., Ed.: Malheiros, 2006.

TAWIL, G. S. **El Estudio del Derecho Comparado y su Incidencia en el Desarrollo del Derecho Público Interno**, in Revista de Derecho Administrativo, 1991, ano 3, Depalma, Buenos Aires, p. 79.

URUGUAI, Constitución de la República **-** Constitución 1967 con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004, Montevideo, Uruguay.Poder Legislativo.

www.wikipédia.org

A LEGITIMAÇÃO SINDICAL NAS AÇÕES COLETIVAS TRABALHISTAS

The labor unions and the labor collective actions – the privileged legitimacy[90]

FERNANDES, Reinaldo de Francisco
Faculdade de Jaguariúna

Resumo: O estudo propõe a analise da *legitimatio ad causam* para as ações coletivas, em especial as que envolvem as relações de trabalho, sempre com ênfase na participação do sindicato como principal legitimado. O estudo da legitimação privilegiada foi ratificado pela análise do Direito projetado, assim como pelo sistema da *class action*, fonte inquestionável dos estudos sobre as demandas coletivas. Desse modo, admitindo-se nas ações coletivas uma das formas mais modernas e eficazes de defesa dos interesses de massa, o estudo busca atribuir maior responsabilidade e prestigio aos sindicatos, na perspectiva de reconhecer em sua figura o representante adequado da *class*, contribuindo assim, com a tendência mundial de desenvolvimento sindical, lastreada na liberdade e representação abrangente.
Palavras-chaves:

Abstract: The present study analyses the *legitimatio ad causam* for the collective actions, specially, those involving employment relationships, always with emphasis on the participation of the unions as the main legitimated. The privileged legitimization's study was ratified by the analysis of the bills, as well as the class action's system, unquestionable source of the essays on collective demands. Thus, admitting the collective actions as one of the most modern and efficient way of defense of the interest of the mass, the study expects to attribute more responsibility and prestige to the unions, in the perspective of recognizing in its figure the adequate representative of the class, contributing, with the worldwide tendency of union development, propagated in the freedom and comprehensive representation.
Keywords:

Introdução

Quando se analisa o instituto da *legitimatio ad causam*, a primeira regra a qual nos remetemos é a contida no artigo 6º. do Código de Processo Civil

[90] Advogado e professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Jaguariúna - FAJ, mestre e doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo; mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Paulista; especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-Campinas, Especialista em Direito do Trabalho Italiano e Comunitário, pela Università di Modena e Reggio Emilia – UNIMORE Modena-Itália.

brasileiro que impõe proibição de terceiros demandarem em juízo, direito alheio, em nome próprio.[91]

Desde 1973, este artigo do CPC tem se mantido íntegro, passados mais de 30 anos. Sua formação se deu mediante a forte presença do liberalismo que marcou a produção legislativa de um período não remoto de nossa história

A mesma orientação influenciou a regulamentação desse fenômeno em outros países, principalmente nos países de *civil law*, mas também em sistemas de *commom law*, como é o caso do Direito norte-americano, em que a titularidade do direito material é a regra para a legitimação da ação.[92]

No Direito inglês, considerado como berço das demandas coletivas, a doutrina classifica a evolução das ações coletivas ou "ações de grupo" em períodos distintos. O período medieval dessas ações era marcado por ações judiciais onde a Igreja demandas contra a comunidade por questões eclesiásticas, direito de preferência, dízimos, etc. questões pontuais e de pouca repercussão, mas marcaram o surgimento dessa espécie de discussões coletivas em juízo.

Em seguida, no período primitivo-moderno, até o século XVII, as ações coletivas foram, paulatinamente perdendo-se em volume, graças aos já mencionados períodos de evolução sócio-políticas, que valorizaram a ação individual dos sujeitos, diminuindo o desejo pela modalidade de defesa massificada dos interesses.

Nesse período, a *legitimatio ad causam* para as ações coletivas eram admitidas menos por força da regulamentação que a permitia, do que pela prática usual dos tempos passados. Lembramos que a força do *costume* no Direito dos países da *commom law,* principalmente naquele período histórico era determinante das práticas do processo.[93]

As questões envolvendo a legitimação *ad causam* não eram sequer discutidas até o século XV.[94] Atualmente, o Direito norte-americano, talvez um dos maiores sistemas em que funcionam as ações coletivas, a regra básica de aplicação sobre essas demandas é a *Rule 23*. Nessa regra, a legitimação *ad causam* coletiva é tratada como exceção, assim como nos países de *civil law*. Contudo, o legislador norte-americano optou pela adoção de um mecanismo de

[91] O artigo 6º do CPC brasileiro está assim redigido: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".
[92] Stephen C. Yeazell, **From Medieval Group Litigation To The Modern Class Action**, p.2
[93] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. Coleção Temas atuais de direito processual civil**, vol. 4, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2002, p. 44 e 45.
[94] Aluísio

validade da representação coletiva não pela regra conhecida da vinculação do direito material com o direito de ação, mas a uma figura que denominou "representante adequado" (*adequacy of representation*), garantindo a melhor representação dos interesses do grupo. "The representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class".[95]

No Direito italiano, grande contribuição foi dada pela doutrina (Vigoriti, Cappelletti, Denti, etc.) que enxergaram, no início da década de 70, o interesse coletivo como espécie de interesse que mereceria um tratamento judicial diferente, em razão das inequívocas vantagens do sistema, como a celeridade, e uma sentença única. Contudo a superação de barreiras como a coisa julgada aos substituídos e o pleno exercício do direito ao contraditório, pilares da segurança jurídica, mantiveram as discussões no âmbito doutrinário, pouco avançando no desenvolvimento legislativo, principalmente no campo do Direito do Trabalho, dado que o exercício em juízo das demandas coletivas nesse ramo do Direito limitou-se às ações das entidades de classe contra medidas anti-sindicais praticadas pelos empregadores[96], deixando de fora questões de segurança, políticas salariais, entre outros direitos trabalhistas.

No Brasil, a doutrina processualista clássica reafirma o preceito do artigo 6º, ao concluir que somente a coincidência da titularidade do direito material é que leva à pretensão e à ação.[97]

Assim, a ausência da titularidade do direito material redunda na carência da ação por ilegitimidade da parte.

Os mecanismos de defesa dos interesses coletivos

Ocorre que as demandas individuais não conseguem mais satisfazer as necessidades da sociedade de massa que se instalou, principalmente durante o século XX.

As necessidades se mostraram comuns e a aglutinação desses interesses redundaram na necessidade de ferramentas aptas a sua concretização. Esses direitos ou interesses, foram classificados pela doutrina mundial como direitos *coletivos*, *difusos* e, no Brasil, também como direitos *individuais homogêneos*.

[95] *Rule 23 (a) (4)*
[96] Artigo 28 do estatuto dos trabalhadores.
[97] Pontes de Miranda, **Comentários ao código de processo civil**, p. 200.

No Direito do Trabalho, em que as disputas de massa se intensificaram à medida que a valorização dos sindicatos se mostrou uma necessidade da sociedade diante da fragilidade do Estado em solucionar questões oriundas dessas complexas relações, essas novas espécies de direitos ganharam grande espaço.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover,

> Os processualistas de última geração estão hoje envolvidos na crítica sociopolítica do sistema, que transforma o processo, de instrumento meramente técnico em instrumento ético e político de atuação da Justiça substancial e garantia das liberdades. Processo esse que passa a ser visto na total aderência à realidade sociopolítica a que se destina, para o integral cumprimento da sua vocação primordial, que é a efetiva atuação dos direitos materiais (...) é a técnica processual, como meio para a obtenção de cada um destes objetivos[98].

O fenômeno da coletivização dos interesses não foi exclusividade do nosso país. Como de costume, o Direito italiano foi muito utilizado pelo legislador nacional para a produção legislativa brasileira.

A doutrina de Mauro Cappelletti, em "Acesso à Justiça", mostrou-se como a principal obra que daria impulso, nos anos 70, ao movimento de defesa coletiva dos interesses em juízo, quando de forma autêntica, classificou em "ondas" reformadoras as medidas necessárias a modernizar ou "humanizar" o processo civil.[99]

Não obstante a doutrina direcionar as necessárias reformas, só recentemente a Itália adotou legislação específica para tratar da legitimação dos entes coletivos na defesa de interesses de outrem. Trata-se da novíssima Lei244, de 24 de dezembro de 2007, que dada a complexidade e importância do tema, só entrou em vigor naquele país, em 1º. de janeiro de 2009.[100]

---

[98] Ada Pelegrini Grinover, **Modernidade do direto processual brasileiro**, RFADUSP 88/282-283, *apud* Pedro Lenza, Teoria geral da ação civil pública, p. 121.

[99] Assim se manifesta o autor em co-autoria com Garth Bryant: "à medida que as sociedades do laissez-faire cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista do direito, refletida nas 'declarações de direitos', típicas dos séculos dezoito e dezenove." **Acesso à Justiça**, p. 10

[100] A Lei em referência é o "codice dei consumatore" e seu artigo 140 disciplina que "Le associazioni di cui al comma 1 dell'articolo 139 e gli altri soggetti di cui al comma 2 del presente articolo sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa l'accertamento del diritto alrisarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'articolo 1342 del codice

Assim também fez o Direito Francês, com edição de seu código de defesa dos consumidores, em 1995.

No Brasil, grande marco de desenvolvimento do mecanismo de defesa coletivas dos interesses é o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.036/1990). Juntamente com a Constituição de 1988 alçou o tema ao patamar legislativo máximo de um sistema democrático de Direito. O Código de Defesa do Consumidor (CDC), tratou de regulamentar de forma direta e abrangente, os interesses e os legitimados para a ação coletiva.

Verdade é que mesmo antes do Código de Defesa do Consumidor, a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) já regulava a matéria, mas de forma modesta e de baixíssima aplicabilidade, dados os contornos daquela regra, o que foi bem modificada pela edição do CDC que adicionou ao conjunto de regras previsto na Lei 7.347/1985, as prescrições de defesa coletiva em juízo regulada pelo novo sistema da Lei 8.036/1990.

Assim é que ficou ampliado o campo de atuação do CDC que, criado para a defesa de uma espécie claramente identificada – o consumidor e a sua relação de consumo - passou a abranger todo tipo de interesse considerado "coletivo", conforme restou disciplinado em seu artigo 110, IV:

> Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º. da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985:
>
> IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Assim, com a inclusão do texto acima, a Lei das Ações Civis Públicas, passou a ser aplicável a todas as espécies de interesses coletivos, definidos na forma prevista do artigo 81 do CDC.

Importante ressaltar que embora grande parte da doutrina reconheça e deseje a utilização ampla do sistema de defesa judicial criado pelo CDC, as relações de consumo protegidas por aquela legislação divergem fundamentalmente das demais relações, como as do trabalho, utilizando-se do sistema consumerista de forma adaptada.

Hoje, o Direito nacional conta com diversos mecanismos de defesa dos interesses coletivos. Conhecido como "microssistema", esse conjunto é marcado pela presença das ações civis públicas (L. 7.347/85), o mandado de segurança coletivo (L. 12.016/09), as "ações coletivas" (terminação ainda em

---

civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralita' di consumatori o di utenti".

construção pela doutrina), e no âmbito do Direito do trabalho, os dissídios coletivos (arts. 856 a 875, da Consolidação das Leis do Trabalho).

No tocante ao dissídio coletivo, importante lembrar que este instituto, previsto na legislação trabalhista, foi responsável pela larga utilização da ferramenta de defesa judicial dos interesses metaindividuais. Através dessa ferramenta desenvolveu-se grandemente o Direito do trabalho, marcado pela participação direta do seu destinatário na criação do direito subjetivo complementar da legislação, através das lutas de classe, apoiado, muitas vezes, pelas ações judiciais para garantia do exercício do direito de greve, ou pela fixação de melhores condições de trabalho mediante o exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho.

As demais ações coletivas, como a ação civil pública (ou "privada") e o mandado de segurança, também encontraram campo de desenvolvimento no ambiente laboral, contudo, com baixa adesão sindical, como se verificará adiante.

A questão da legitimação *ad causam* no ambiente do Direito do Trabalho, objeto central deste pequeno estudo, é por nós encarado como medida de urgente correção, pois há, nas entrelinhas do ideal democrático da legitimação "difusa" como garantidora do acesso à justiça uma poderosa arma de subdesenvolvimento sindical. Explicamos:

A legitimação para agir é uma questão de reconhecimento da relevância jurídica dos sindicatos

É conhecida a história sindical e sua vinculação com a noção de luta, de conquista e de manutenção de seus privilégios a partir da insistentes mecanismos de afirmação social periódica.

É possível identificar o movimento sindical a partir de três distintos momentos históricos: o período de criminalização; o período de sua tolerância e o período de incentivo.

O período de criminalização do direito de associação a entidades representativas ocorreu com a explosão da Revolução Francesa e a caça aos "corpos intermediário". O golpe de misericórdia nas corporações de ofício se deu com a lei francesa *Le Chapelier*, de 1791, ao estabelecer a proibição absoluta de toda a qualquer associação de artesãos, visando pôr fim à agitação

das corporações e proteger a produção industrial que surgia com força naquele período. .[101]

No Brasil, a associação sindical foi autorizada pela Constituição de 1891. Contudo, o incentivo ao associativismo e a valoração desta instituição só ocorreu posteriormente.

Anos mais tarde, em 1944, em Filadélfia, a Conferência da Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovava a "Declaração referente aos fins e objetivos da OIT", afirmando que "a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável para o progresso constante" (art. I, letra "b"). Seguiu-se a ela, em 1948, a Declaração dos Direitos do Homem, ao afirmar que "todo homem tem direito de organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses" (art. XXIII, n. 4).

Entrava em vigor o período de valorização, incentivo e demonstração de relevância das entidades sindicais, período que permanece até os dias atuais.

O Estado, em flagrante impossibilidade de atender aos anseios sociais, transfere aos "atores sociais", parte de sua responsabilidade como promotores do bem estar, figurando, os sindicatos como legítimos representantes deste ideal.

Assim, a afirmação de que as ações coletivas em matéria trabalhista possuem como seu principal legitimado os sindicatos (de empregados e de empregadores), não é exagerada e coaduna-se com a sua relevância histórica.

Os demais legitimados, como as associações ou o Ministério Público, na figura do Ministério Público do Trabalho, se posicionariam como suplentes em relação ao ator principal, oferecendo proteção indispensável a tão importante interesse.

A atuação privilegiada das entidades sindicais na legitimação *ad causam* é fator de prestigio à democracia exercida no âmbito processual.

> O processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar - pela participação -, serem si legítimo – adequado à tutela dos direitos

[101] O artigo 1º. da referida lei estabelecia: Sendo a eliminação de toda espécie de corporações do mesmo estado social ou profissão uma das bases da Constituição, fica proibido restabelecê-las seja a que título for.

> e aos direitos fundamentais -, e ainda produzir uma decisão legítima.[102]

A democracia prevista na Constituição de 1988 deve ser buscada não apenas no tocante à vida político/legislativa da nação, mas de todas as formas, inclusive no âmbito processual.

As demandas coletivas representam, como pretendemos demonstrar até aqui, medida de extrema necessidade e de viabilização do uso racional do Pode Judiciário, por que não, democratizando o acesso à justiça. Contudo, tal utilização pode, e deve, ser buscada de forma mais ampla.

Assim, a legitimação para agir nas ações coletivas deve pautar-se por esse ideal, demonstrando a necessidade de valorização da legitimação sindical, não em prejuízo, mas em franca vantagem em comparação com os demais legitimados (Ministério Público e associações).

> o dispositivo constitucional expõe o reconhecimento de que o ente sindical de primeiro grau, chamado com exclusividade de sindicato (art. 561 da CLT), considera a proximidade com o grupo, sua dependência a ele e o princípio da unicidade sindical, representa diretamente, e por seu interesse, os direitos metaindividuais de possível investidura pelo grupo de trabalhadores.[103]

As entidades sindicais, reguladas pela Constituição (artigo 8º) e pela CLT (nos artigos que não conflitam com a liberdade pregada pela Constituição de 1988), devem, entre outras coisas, mostrar-se democráticas em suas atuações, assim como prescreve o artigo 39 da Constituição italiana de 1946.[104]

As regras que garantem a participação dos trabalhadores na vida sindical é de inequívoca importância para a garantia do exercício pleno da democracia. Assim é que a revisão estatutária, aprovação de acordos ou convenções coletivas ou mudanças em suas regras, só gozarão de validade jurídica se aprovados em processo assemblear. Da mesma forma os acordos judiciais em demandas coletivas com interesses grupais envolvidos só se mostram válidos a partir do amplo conhecimento e debate na categoria envolvida, o que não ocorre, por assim dizer, com as demandas patrocinadas pelo Ministério Público do Trabalho, cuja distância dos trabalhadores implica

[102] Luiz Guilherme Marinone, Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional, Disponível em <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos> Acesso em 27-10-2008

[103] Jose Pedro Pedrassani, **Aspectos da tutela judicial de direitos metaindividuais do trabalho perante a jurisdição trabalhista**, p. 90.

[104] "art. 39. (...)È condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica."

comprometimento da democracia no âmbito processual, até porque, são limitadíssimas as hipóteses que autorizam o acordo nos processos de iniciativa ministerial.

O não reconhecimento deste privilégio/dever das entidades sindicais nas legitimações para as demandas coletivas representa uma aniquilação no desenvolvimento almejado para as entidades sindicais, dado que o comodismo na remessa de denúncias pelas entidades sindicais ao Ministério Público, que terá o ônus de apurar as irregularidades e promover as ações necessárias, já se verifica como uma relevante tendência.

Ronaldo Lima dos Santos, em importante obra sobre o tema, ensina que

> A defesa desses interesses será mais bem e seguramente mais defendida pela entidade sindical profissional correspondente à categoria econômica da empresa em face da qual se propôs a ação civil pública. Evidente que um sindicato de trabalhadores da indústria têxtil possui maior segurança e conhecimentos para atuar em face desse ramo da categoria econômica na sua base de representação, ainda que na seara de interesses que pertinem a todos os trabalhadores globalmente considerados ou difusos da sociedade, e poucas probabilidades de atuar em defesa de interesses de trabalhadores de outra categoria, como metalúrgicos, bancários, etc. toda tutela de direito metaindividual por uma associação privada invoca uma adequacy of representation. Interesses socialmente relevantes requerem a proteção por associações completamente idôneas e conhecedores da peculiar realidade em que se inserem os interesses defendidos[105]

Logo, nos parece claro que, o reconhecimento da legitimação privilegiada às entidades sindicais para a defesa dos interesses coletivos, desenvolve o exercício da democracia exercida no âmbito processual.

O adequacy of representation e a legitimação sindical privilegiada

Ao nosso sentir, a legitimação para as ações coletivas são, muito fortemente, marcadas pela figura do representante adequado de que trata o Direito norte-americano da *Rule 23*.

Nosso Direito optou pela definição exaustiva dos legitimados para as ações coletivas, relacionando-os expressamente no texto legal, a enumeração *ope legis*.

[105] Ibidem, p. 364.

O Direito norte-americano, ao contrário, optou pela definição dos legitimados *ad causam* para as ações coletivas através da avaliação judicial (*ope judicis*), ou seja, o legitimado para a ação coletivo é definido em cada caso pela adoção do sistema da "legitimação adequada", onde a aferição da capacidade e competência do legitimado são aferidas pelo juízo da causa, até porque, o regime de coisa julgada no Direito norte-americano impõe o ônus da imutabilidade da sentença passada em julgado a todos os interessados representados no processo coletivo.

O Projeto de Emenda Constitucional 369/2005, resultante do Fórum Nacional do Trabalho, que ocorreu entre Julho de 2003 a abril de 2004, trouxe importante proposta que vai ao encontro do que defendemos aqui, dado que, em seu artigo 114, o Projeto disciplina a legitimidade para as ações coletivas, da seguinte forma:

> As entidades dotadas de personalidade sindical, nos respectivos âmbitos de representação, têm legitimidade concorrente para as ações coletivas.
>
> Parágrafo único. Quando não ajuizar a demanda nos casos previstos em lei, o Ministério Público do Trabalho atuará como fiscal da lei, sempre que estiver presente o interesse público ou social.

Note-se que o Projeto valoriza sobremaneira a legitimação das entidades sindicais para as demandas coletivas, deixando ao Ministério Público, principal legitimado concorrente na legislação vigente, a função de fiscal de lei na inércia sindical, o que nos parece de todo apropriado.

Da mesma forma, contudo menos contundente, é o Projeto de Lei 5.139/2009, que busca a atualização da Lei das Ações Civil Públicas, a partir da redação de um novo texto legal.

Nesse texto encontra-se, entre outras coisas, a adoção expressa da relação de trabalho como protegida por esse Projeto,[106] não modificando, entretanto, o sistema de legitimação concorrente entre os legitimados, mantendo, em nossa análise, o prejuízo ao desenvolvimento sindical.

Conclusão

[106] Art. 1º, inciso 1º "Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civil públicas destinadas à proteção:
I – do meio ambiente, da saúde, da educação, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos;"

Os argumentos apresentados acima buscam concluir no sentido de reconhecer que as ações coletivas, atualmente regulamentadas pelo microssistema de defesa dos interesses coletivos pelos instrumentos legais apresentados ao longo do estudo, colocam em pé de igualmente em termos de legitimação para a causa todos os legitimados, ou seja, os legitimados para as ações coletivas estão relacionados como legitimados concorrentes para as demandas.

Nosso esforço visou demonstrar que em sede de ações coletivas em matéria de relação de trabalho deve haver uma modulação ou, nas palavras do professor Amauri Mascaro Nascimento[107], uma gradação entre os legitimados, de forma a permitir o uso das demandas coletivas não apenas para satisfazer os anseios sociais de uma decisão mais célere, menos onerosa e mais justa, mas também, permitir o uso desse mecanismo moderno de solução judicial dos conflitos para contribuir no processo de desenvolvimento das entidades sindicais.

Para tanto, é necessário reconhecer que os sindicatos, em razão do disposto no artigo 8º., III, da Constituição, ocupa lugar de destaque na representação dos interesses da categoria, portanto, na defesa desses interesses, deve figurar como legitimado privilegiado, permitindo aos demais legitimados, que ao nosso sentir, figuraria apenas o Ministério Público do Trabalho, dadas as peculiaridades da relação de trabalho, o importante papel de garantidor do cumprimento da lei, ou nos termos do artigo 127 da Constituição, verdadeiro guardião do regime democrático e da ordem jurídica.

Esse raciocínio implica modificações em conceitos básicos do processo, como o litisconsórcio, que passaria de *facultativo* (como quer a doutrina ao interpretar os textos pertinentes), para *necessário*, reconhecendo a corporificação da categoria na figura do sindicato, demandando assim, a participação compulsória das entidades sindicais respectivas toda vez que estivermos diante de uma demanda de classe, como, aliás, nos parece ser o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho quando da edição da Súmula 406.

A ampliação máxima do rol de legitimados, ao contrário do que parece ter norteado no legislador do microssistema de processos coletivos, não é o ideal. Assim como escreveu Jon Elster, em *Ulisses Liberto*, às vezes é preciso nos comprometer em limitar as opções visando garantir a realização daquilo

[107] *In* A defesa do direito coletivo em ação civil pública. **Revista do Advogado [da Associação dos Advogados de São Paulo],** *passim*

que esperamos.[108] Portanto, propiciar maior destaque à participação do sindicato, na figura de legítimo representante dos grupos na relação de trabalho, é conferir uma representação processual não só adequada, mas também desejada, já que o desenvolvimento sindical depende não apenas do desprendimento financeiro estatal, mas da experiência de vida e do amadurecimento que só obtemos com o exercício da liberdade.

Referências

ALMEIDA, G. A. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA NETO, J. A. Legitimidade dos entes sindicais para a tutela jurídica dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. In: DIDDIER JUNIOR, F.; MOUTA, J. H. (coords.). **Tutela jurisdicional coletiva**, Salvador: Podivm, 2009.

ALMEIDA, R. R. Visão histórica da liberdade sindical. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, v. 70 nº. 3, 2006.

ARAÚJO, J. C. **Ação coletiva do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

ARAÚJO FILHO, L. P. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 1996.

BARBOSA MOREIRA, J. C. **Direito processual civil: (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

BATALHA, W. de S. C. **Direito processual das coletividades e dos grupos**. São Paulo: LTr, 1991.

BORBA, J. N. **Direito coletivo do trabalho e mediação**. São Paulo: LTr, 2002.

_____. **Efetividade da tutela coletiva**. São Paulo: LTr, 2008.

CABANELLAS, G.; RUSSOMANO, M. V. **Los conflitos colectivos de trabajo y su solucion**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1979.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Pallotti, 1988.

[108] **Ulisses liberto: estudos sobre a racionalidade. Pré-compromisso e restrições**. Tradução Cláudia Sant'Ana Martins, Editora UNESP,São Paulo: 2009, em especial, veja-se capítulo 3 pp. 223-331.

CARINCI, F. **Un diritto del lavoro "classico" alla vigiglia del terzo millennio**. Torino, 2007.

CARRION, V. A substituição processual e a representação pelo sindicato, **Revista LTr**. São Paulo: Editora LTr, nº. 54, 1990.

_____. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 24 ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

CATHARINO, J. M. **Tratado elementar de direito sindical**. São Paulo: LTr, 1977.

CAVALCANTE JÚNIOR, O. **A substituição processual no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1989.

CLAUS, B. S. **Substituição processual trabalhista**. Uma Elaboração Teórica para o instituto, São Paulo: LTr, 2003.

CORREIA, M. O. G. **As ações coletivas e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1994.

DELGADO, J. A. **Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e jurisprudência do STF**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1893/1/Interesses_Difusos_e_Coletivos.pdf> Acesso em 21-11-2008.

DIDDIER JUNIOR, F; MOUTA, J. H. (coords.). **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DINAMARCO, C. R. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Litisconsórcio**. 3ªed., rev. amp. atual São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, Malheiros, 1996.

_____. **A reforma do código de processo civil**.3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, P. S. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUBUGRAS, R. M. V. **Substituição processual no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

ELSTER, J. **Ulisses Liberto. Estudos sobre a racionalidade. Pré-compromisso e restrições**. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins, São Paulo: Editora UNESP 2009

FIORILLO, C. A. P. **Associação civil e interesses difusos no direito processual civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1989, 317f.

_____. **Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: tese (Doutorado em Direito), PUC/SP. 1993.

FRANCO FILHO, G. S. **Curso de direito coletivo do trabalho***.* São Paulo: LTr, 1998.

GALANTINO, L. **Diritto sindacale**. 14ª ed., Torino: G. Giappichelli, 2006.

GARCIA, P. C. S**. O sindicato e o processo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIUGNI, G. **Diritto sindacale**. Bari: Cacucci Editore, 1992.

GONÇALVES, A. P; BRASILEIRO, R. A. M. Sindicato e substituição processual. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, Ano 33 Abril-Junho, 2007

GRINOVER, A. P. **Acesso à justiça e as garantias constitucionais no processo do consumidor: as garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, A. P. (coord.) **A tutela dos interesses difusos. série de estudos jurídicos**, n. 1, São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. **Novas tendências do direito processual**. Rio de janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista de Processo.** São Paulo: RT, ano 26, nº. 101, 2001.

_____. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Editora Forense, mai/jun.2002, v. 301.

GRINOVER, A. P. *et al*. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**.6ª ed.*,* São Paulo: Forense Universitária, 1999.

_____. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed.*,* São Paulo: Forense Universitária, 2007.

GRINOVER, A. P.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KOCHER, E. **A ação civil pública e a substituição processual na justiça do trabalho: "verbandsklagen" no direito brasileiro**. São Paulo, LTr. 1998.

LEAL, M. F. M. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

LEITE, C. H. B. **Ministério Público do Trabalho, doutrina, jurisprudência e prática**, São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Curso de direito processual do trabalho**. 5ª ed., São Paulo: Ltr, 2007.

LEVI, A. **Relações de direito coletivo Brasil-Itália**. Trad. Yone Frediani. São Paulo: LTr, 2004.

LORA, I. M. B. Substituição Processual pelo Sindicato. **Repertório de jurisprudência IOB**. São Paulo: IOB, 2ª. quinzena de outubro, nº20, 2007.

MACIEL JÚNIOR, V. P. **Teoria das ações coletivas. Ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MANCUSO, R. C. Interesses difusos: conceito e colocação no quadro geral dos interesses. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. v.55.

_____. **Ação civil pública**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MANNRICH, N. **Dispensa coletiva. Da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2000.

MARINONE, L. G. *et al*, **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 688-689.

_____. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional.** Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos> Acesso em 27/10/2008.

MARQUES, J. F. **Manual de direito processual civil**. Campinas: Millenium, 1998, v. I.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000.

MARTINS FILHO, I. G. **Processo coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1994.

MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

MESQUITA, J. I. B. **Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor**. Revista do Advogado, 33/80-82.

MOREIRA, J. C. B. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, no. 404, 1969.

_____. **Direito processual civil (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

NASCIMENTO, A. M. **Direito do trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. A defesa do direito coletivo em ação civil pública. **Revista do Advogado [da Associação dos Advogados de São Paulo].** São Paulo: AASP, Ano XXVIII, nº97.

NERY JÚNIOR, N. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos – um estudo sobre a ação civil pública trabalhista. **Revista LTr**. São Paulo:Editora LTr, nº2, 2000, v. 64.

PEDRASSANI, J. P. **Aspectos da tutela judicial de direitos metaindividuais do trabalho perante a jurisdição trabalhista.** São Paulo: LTr, 2001.

PRADO, N. (coord.). **Direito sindical brasileiro. Estudos em homenagem ao prof. Arion Sayão Romita**, São Paulo: LTr, , 1998.

ROCHA, I. J. M. **Ação civil pública e o processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

ROCHA, L. V. **Ações coletivas. O problema da legitimidade para agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES PINTO, J. A. **Processo trabalhista de conhecimento**. São Paulo: LTr, [s.d.].

ROMITA, A. S. **Ação civil pública trabalhista, legitimação do Ministério Público para agir**. Rio de janeiro: LTr, 1992.

_____. Legitimação ordinária do sindicato. **Revista LTr.** Rio de Janeiro: Editora 56.02/162, 1992.

_____. **Sindicalismo, economia, Estado democrático: estudos**. São Paulo: LTr, 1993.

SANTOS, E. R. **Direito coletivo moderno**. São Paulo: LTr, 2006.

SANTOS, R. L. **Sindicatos e ações coletivas**. São Paulo: LTr, 2003.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SUSSEKIND, A. Substituição processual ou representação legal exercida de ofício?. **Revista LTr.** São Paulo: LTr, nº 9, 1993, v.57.

_____. **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TUCCI, J. R. C. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas**. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, n. 89, dezembro de 2006.

VIGLIAR, J. M. M. Questões atuais sobre o mandado de segurança coletivo. **Revista do Advogado**, São Paulo, Ano XXI, nº. 64, 2001.

VIGLIAR, J. M. M. **Ação civil pública**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

YAZELL, S. C. **From medieval group litigation to the modern class action**. Dexter: Yale University, 1987.

WALD, A. **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

ZAVASCKI, T. A. Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

O CRIME E A PENA NO PENSAMENTO DE ÉMILE DURKHEIM

Crime and Punishment in thought of Emile Durkheim

MELLIN FILHO, Oscar[109]
Faculdade de Jaguariúna
Faculdade Politécnica de Campinas

RESUMO: Emile Durkheim encara o Direito como um fato social, vislumbrando no crime um fenômeno normal, por provocar reações efetivas constituídas pelas respostas punitivas da sociedade. A utilidade social do crime resulta de sua função de regulador da evolução moral da sociedade, a fazer da pena não um remédio ou castigo mas um elemento de coesão social, útil à formação da consciência coletiva e do consenso, com o que se pode qualificar o pensador francês como um importante precursor das modernas teorias funcionalistas.

Palavras-chaves: crime, pena, coesão social.

ABSTRACT: Emile Durkheim sees the law as a social fact, seeing crime as a normal phenomenon for causing reactions consist of effective punitive responses from society. The social utility of the crime stems from its role as regulator of moral evolution of society, to make the penalty or punishment not a panacea but an element of social cohesion, useful for the formation of collective consciousness and consensus about what may be termed the french thinker as an important precursor of modern functionalist theories.

Keywords: crime, penalty, social cohesion.

Importa examinar o pensamento de Émile Durkheim a respeito do crime e da pena, contido especialmente em sua obra "*As regras do método sociológico*", visando apontar sua contribuição para o tema no bojo concepção positivista dos fatos sociais como objeto por excelência da análise sociológica.

O objeto da Sociologia, para Durkheim, são os fatos sociais, encarados como coisas, com os quais o sociólogo deve estabelecer um autêntico aprendizado. Como fato social, o sociólogo francês entende "*toda maneira de*

[109] Professor e membro do NDE do Grupo Polis Educacional.

fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou ainda, toda maneira de fazer que é geral na extensão de uma sociedade dada e, ao mesmo tempo, possui uma existência própria, independente de suas manifestações individuais"[110]. Os fatos sociais, por sua vez, têm como características essenciais a coerção social, a exterioridade aos indivíduos e a generalidade. A coerção social é evidenciada pelas sanções, sejam legais ou espontâneas, exercendo força sobre os indivíduos, nela devendo inserir-se também a educação como elemento de conformação do indivíduo à sociedade. Os fatos sociais são ainda dotados de exterioridade, no sentido de que se mostram independentes da vontade ou adesão dos indivíduos. Resulta daí a concepção do Direito como um fato social, constituído por normas impostas pela sociedade aos indivíduos. Por último, no dizer de Durkheim, os fatos sociais possuem natureza coletiva, com características exteriores comuns a uma universalidade de indivíduos.

De outra parte, os fatos sociais não são absolutamente iguais entre si, por assumirem formas diversas, algumas delas excepcionais em relação à média do que ocorre na sociedade. Normais são os fenômenos mais gerais, que se inserem nas regras sociais; patológicos são os desvios desse padrão médio, inexistindo uma delimitação precisa do que seria um fato social normal e do que seria algo patológico. Nesse ponto, Durkheim busca socorrer-se do conceito de normal na Biologia, definido, em termos gerais, como a média de saúde do indivíduo em relação aos demais, de acordo com sua natureza.

Na Sociologia, no entanto, as coisas são bem mais complexas porque não se dispõe de um critério seguro como o que se refere, na Biologia, ao número da mortalidade média para avaliar a normalidade dos fenômenos vitais.

Em cada sociedade, devem os fatos sociais sofrer a avaliação de normal/anormal, o que leva, portanto, a admitir certa relatividade moral sobre os fatos sociais envolvendo relações humanas. O normal e o patológico são da mesma natureza, mas Durkheim toma como normais os fatos que apresentam formas gerais em toda a extensão de uma espécie. Ao contrário, anormais seriam os fatos cujas formas se mostrem excepcionais. Define, em seguida, o tipo normal como o tipo médio, assim como o fisiologista estuda as funções do organismo médio. A normalidade ou anormalidade do fato social também deve ser considerada em relação a uma fase de seu desenvolvimento.

Ao se debruçar especificamente sobre o crime como um fato social, Durkheim aponta, como relevante, não só os atributos de generalidade, exterioridade e coercitividade, como também as reações efetivas que tal fenômeno provoca na sociedade, quais sejam, as respostas punitivas que

[110]As regras do método sociológico, p. 13.

despertam nos indivíduos. Desfazendo o senso comum, afirma Durkheim que, a rigor, o crime não pode ser definido como um fato anormal. É algo universal, observável em todas as sociedades, com mudança apenas na forma, no sentido de que alguns indivíduos atrairão para si a repressão penal.

Além disso, verifica-se que o crime não tende a desaparecer. Em sociedades mais complexas, caracterizadas pelo que Durkheim chama de solidariedade orgânica, bem ao contrário, parece aumentar. Portanto, não pode o crime ser equiparado a uma doença ou a um mal excepcional, mas sim a algo que faz parte da sociedade, o que impede de cogitar-se de anormalidade. O crime constitui, assim, um fato social normal, que chega a ser definido pelo sociólogo francês como "*um fator da saúde pública, uma parte integrante de toda sociedade sadia*"[111]. Só se poderia cogitar da anormalidade do crime caso atingisse índice muito exagerado. Durkheim, porém, não arrisca uma delimitação do que poderia constituir o excesso patológico nas taxas de criminalidade verificadas em cada sociedade.

O crime nada mais é que um ato ou conduta praticada pelos indivíduos, fruto da maldade e liberdade humanas, que macula certos sentimentos coletivos, sendo, pois, impossível se evite sua ocorrência. A divergência de consciências individuais impede a formação de uma consciência coletiva muito forte e totalmente homogênea. Se, por uma hipótese improvável, acenada por Durkheim, todos os indivíduos deixassem de praticar atos ofensivos e fossem, em sua totalidade, tomados pela idéia do sentimento coletivo de solidariedade, este se mostraria ainda mais aguçado, com o aumento do nível de intolerância da sociedade contra os infratores. Os atos insignificantes, no campo das violações morais ou de simples etiqueta, seriam motivadores de punições mais severas. Trata-se da célebre passagem da obra durkheimiana a propósito da chamada sociedade de santos: "*imaginem uma sociedade de santos, um claustro exemplar e perfeito. Os crimes propriamente ditos nela serão desconhecidos; mas as faltas que parecem veniais ao vulgo causarão o mesmo escândalo que produz o delito ordinário nas consciências ordinárias*"[112].

A definição dos fatos sociais como crimes, portanto, depende da consciência coletiva. Da força desta resulta a classificação e punição mais severa aos indivíduos. Condutas deixarão de ser consideradas criminosas se a consciência coletiva, em um dado momento e espaço, se mostrar mais frágil ou menos sensível.

Segundo o sociólogo francês, o crime é útil e necessário à sociedade porque acaba por regular a evolução moral. A inexistência de crimes

[111] Obra citada, p. 68.
[112] Obra citada, pp. 69-70.

significaria a absoluta ausência de contestação às condutas por parte dos indivíduos, o que elevaria os valores sociais à categoria de dogmas santificados, que não permitiriam mudanças. Sem os crimes, os sentimentos coletivos teriam chegado a uma intensidade tal que impossibilitariam mudanças na autoridade da consciência moral, fruto da originalidade de cada indivíduo: "*para que a do idealista que sonha superar seu século possa se manifestar, é preciso que a do criminoso, que está abaixo de seu tempo, seja possível. Uma não existe sem a outra*"[113]. Durkheim aponta, aliás, a esse respeito, para o exemplo da condenação de Sócrates, fato que se repetiu na História.

O criminoso, pois, não é um ser insociável, sendo visto por Durkheim como "*agente regular da vida social*"[114]. Tal entendimento levará o sociólogo francês a considerar a pena criminal não como um castigo que se deve atribuir ao criminoso, no sentido retributivo (o mal do crime a ser pago com o mal da pena). Se o crime não é algo patológico, a pena também não pode ser um remédio, pois, ao contrário, ele significa um elemento de coesão social, que atua no sentido da evolução moral da sociedade.

No pensamento de Durkheim, portanto, a pena deve ser vista como um dado positivo ou símbolo para a reafirmação dos valores contidos nas leis, objetivando reforçar os laços entre os indivíduos na formação da consciência coletiva e na imagem da sociedade. Afinal, para o sociólogo francês, "*uma sociedade não é constituída simplesmente pela massa de indivíduos que a compõem, pelo território que eles ocupam, pelas coisas de que se servem, pelos movimentos que executam, mas, antes de tudo, pela idéia que ela faz de si mesma"*[115]*.* Tal entendimento tem levado a que Durkheim seja considerado como um precursor das teorias funcionalistas do Direito Penal, posteriormente defendidas, dentre outros, por Robert Merton.

Pode-se qualificar de conservador o pensamento de Durkheim sobre o crime e a pena? Não, se levarmos em conta, como modelo criminológico contrário, aquele defendido pela escola clássica do Direito Penal, no sentido de que ao crime como um mal social deve-se contrapor, de forma necessária, o mal da pena (modelo retributivista). Ou ainda nos termos da moral utilitarista, que apregoava o caráter utilitário da punição como forma de prevenir ações criminosas futuras (modelo prevencionista).

O que se vê é que Durkheim adota uma concepção de sociedade que pode ser considerada mais aberta em relação ao pensamento criminológico anterior, ao apregoar a possibilidade de o ato criminoso, assim definido por

[113] Obra citada, p. 72.
[114] Obra citada, p. 73.
[115] As formas elementares da vida religiosa, p. 170.

uma dada sociedade, antecipar novos valores sociais. O delito, assim, pode ser encarado como um salto de qualidade com vistas a uma possível antecipação da moral futura.

Relativamente à definição de crime, Durkheim afasta-se sobremaneira de uma postura conservadora, representando mesmo um marco na virada da sociologia criminal ao romper com a concepção tradicional e naturalista do crime, que o entendia como um fenômeno natural e, portanto, insuscetível de uma reclassificação pelos homens. Pode-se dizer até que o sociólogo francês parece antecipar os postulados das modernas teorias criminológicas da reação social ou etiquetamento. Segundo estas, o crime não possui uma realidade ontológica, sendo, ao contrário, um objeto de construção social.

Por outro lado - e aqui residiria o conservadorismo durkheimiano sob o ponto de vista criminológico - suas idéias contrastam com as teorias ligadas à chamada sociologia do conflito, segundo as quais a sociedade é marcada pela atividade de grupos em conflito, devendo-se a definição do crime à atuação do grupo politicamente influente, de forma que inexiste, em verdade, a possibilidade de coesão social, tão cara ao pensamento durkheimiano. A idéia de conflito reconhece que o grupo social minoritário ou dominado não deixará de contestar os valores sociais do grupo dominante, responsáveis pela definição das condutas delituosas[116].

Pode-se afirmar também que o conservadorismo de Durkheim parece residir no enaltecimento da idéia de consenso social em torno de valores que presidem a ordem social, o que afasta a possibilidade de convivência com a idéia de conflito. A verdadeira função da pena seria a de manter intacta a coesão social, preservando a consciência comum em toda a sua vitalidade. Nesse sentido, poderia a punição ser dirigida a terceiros que não o responsável pela prática criminosa, prevenindo os espíritos das pessoas honestas. Trata-se de postulado muito próximo do funcionalismo moderno, que por sua vez irá influenciar as chamadas teorias simbólicas da pena, segundo as quais a verdadeira função da pena é a reafirmação dos valores sociais corporificados nas normas, o que acaba por reforçar eficazmente o sistema penal, demonstrando "*uma vocação conservadora inclinada a legitimar sistematicamente o status quo*"[117].

O conflito, segundo Durkheim, seria fruto de uma frágil socialização, uma falha de organização e moralização. A busca da coesão social tem como tem como principal tarefa "*fazer do indivíduo um membro da coletividade, de inculcar-lhe o respeito pelos imperativos, pelas obrigações e proibições sem as*

[116] Alessandro Baratta, Criminologia crítica e crítica do Direito Penal.
[117] Antônio Garcia-Pablos de Molina, Criminologia, p. 286.

quais a vida coletiva se tornaria impossível"[118]. Resulta daí, portanto, a valorização da solidariedade social, fruto da divisão do trabalho, e de um respeito pouco crítico pelo Direito, com evidente prejuízo para as individualidades.

Referências

ARON, R. *As etapas do pensamento sociológico*, trad. Sérgio Barth, Ed. Martins Fontes, SP: 2000.

BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, trad. Ed. Freitas Bastos. 2ª ed. RJ: 1999.

DURKHEIM, É. *As regras do método sociológico*, trad. Paulo Neves, Ed. Martins Fontes, RJ: 1999.

_____ *Divisão do trabalho social*, in Durkheim, colec. "Grandes cientistas sociais", org. José Albertino Rodrigues, Ed. Ática, 3ª ed. São Paulo:2004.

_____ *As formas elementares da vida religiosa*, colec. "Grandes cientistas sociais", org. José Albertino Rodrigues, Ed. Ática, 3ª ed. São Paulo:2004.

PABLOS DE MOLINA, A. G. *Criminologia*. trad. Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed.

[118] Raymond Aron, As etapas do pensamento sociológico, p. 335.

O CRIME NO CONTEXTO DA LUTA DE CLASSES: DO SUPLÍCIO À PRIVAÇÃO DA LIBERDADE[119]

Crime in the context of class struggle: of torture to the deprivation of liberty

BARSALINI, Glauco[120]
Faculdade de Jaguariúna
Faculdade Politécnica de Campinas

RESUMO: Neste texto, faremos, a partir da leitura da obra de Michel Foucault, um paralelo entre o mundo ocidental monárquico-absolutista e o mundo moderno, elegendo aspectos da realidade social brasileira e fragmentos da legislação penal deste país.

Palavras-chaves: Crime, Luta de classes, Suplício, Privação da Liberdade.

ABSTRACT: In this essay, we will, from reading the work of Michel Foucault, a parallel between the Western world-absolutist monarchy and the modern world, choosing aspects of Brazilian social reality and fragments of the criminal law of this country.

Keywords: Crime, Class struggle, Torture, Deprivation of liberty.

1. INTRODUÇÃO

Os debates sobre a criminalidade vêm sendo retomados, nos últimos anos, com muita força. Em todo o mundo, religiosos, juristas, estudiosos das áreas biomédicas e humanas, bem como técnicos de instituições governamentais, têm mergulhado em profundas discussões sobre a violência, as transgressões ao ordenamento jurídico, o perfil sócio-econômico e cultural dos criminosos, a eficácia do sistema penitenciário, a validade de algumas leis penais, e tantas outras questões que envolvem esse tema.

[119] Texto extraído e adaptado, em 1999, da monografia "A Liberdade e o Trabalho no Sistema de Condenações Criminais: uma abordagem Histórico-Sociológica.", 1.997, Pós-Graduação IFCH-UNICAMP, do mesmo autor - (xerox).

[120] Doutorando em Filosofia pela UNICAMP. Professor e membro do NDE do Curso de Direito do Grupo Polis Educacional.

As dificuldades, porém, de se encontrar uma solução para todo esse complexo humano que remonta desde o início das civilizações, parecem lançar o homem em um tempo/espaço infinito e insólito, onde o problema da criminalidade está na própria gênese desse homem, em sua natureza mesmo, podendo ser interpretada pela tradição ocidental como propriedade da dualidade entre o bem e o mal, simbolizadas pelo mito de Caim e Abel.

A discussão sobre a criminalidade parece, portanto, não ter fim. Acreditamos, porém, que, se a criminalidade é um conceito tão abstrato quanto o de direito, o da justiça, ou o da própria criação, e por isso é perene, o seu conteúdo é historicamente construído. A explicação do que seja, e os objetos materiais que o constituem, até para que se possa defini-lo, existem somente porque as sociedades criaram-nos, criam-nos, e no futuro os criarão.

Michel Foucault desenvolve toda uma historiografia sobre a criminalidade na Idade Média e na Modernidade. O título de seu livro “Vigiar e Punir: história da violência nas prisões" indica as relações guardadas entre o controle social sobre o crime e a propriedade, a liberdade e o trabalho. O autor mostra que o suplício, prática punitiva difundida durante a Idade Média, é uma técnica, afirmando que ‘nos "excessos" dos suplícios, se investe toda a economia do poder’ (Foucault, 19, p. 35). O suplício vai além de ser apenas meio para satisfazer as vontades pessoais do rei, norteadas por sentimentos de raiva, ódio ou a estes afeito. Constitui-se como prática punitiva sobre o corpo. É o corpo sujeito ao poder, reduzido à impotência, liquidado e transformado em pó. O suplício, na verdade, é o instituto da luta social, é o meio pelo qual se consolida a luta de classes, em que, de um lado está o rei, a nobreza, e do outro o súdito, o servo. O rei deve controlar o corpo do servo para que o mesmo não o destrua, não promova a guerra civil, não tome o poder político.

O suplício é, portanto, para nós, terreno onde habita a "stasis" (que, como definiam os filósofos antigos, é o perigo da guerra civil causado pela, modernamente chamada, "luta de classes"), é o instrumento técnico próprio de uma dada economia de poder, ferramental de uma política cujo alicerce é a desigualdade social, a existência de classes sociais, opostas, antagônicas, que a todo momento se confrontam.

O supliciado é o catalisador das lutas sociais. Carrega consigo todas as contradições que apresenta a dinâmica social de uma sociedade de classes. Se, por um lado, representa para a classe dos súditos o "judas", que deve ser punido com toda a atrocidade possível, correspondente à do crime que praticou, por outro, é o símbolo da resistência, da reação dessa mesma classe à opressão do príncipe. É ele, portanto, o catalisador da "stasis". O jogo

simbólico, que se realiza através da sua punição, funciona como uma espécie de freio social. Nele, tanto o príncipe (a nobreza) quanto o súdito (o servo, o trabalhador), jogam toda a sua energia destrutiva, energia disparada de uma classe contra a outra, e com isso o príncipe pode continuar governando e, o súdito, trabalhando.

O suplício é, portanto, um dos véus que esconde do espectador as estruturas que dão suporte ao cenário, ou seja, um dos aparatos ideológicos que vendam os olhos dos que não possuem a propriedade privada, historicamente desapropriados, para que não enxerguem o elemento gerador da luta de classes, para que não percebam a própria luta de classes. No ato do suplício, os espectadores punem o condenado, ou o libertam, não notando, contudo, que os condenados são eles mesmos, representados por pessoas oriundas de sua própria classe social, a dos trabalhadores.

A condenação vai tomar outro corpo na modernidade, mas manterá a mesma intenção ideológica que a marcara na Idade Média, a de esconder a luta de classes, confundindo a classe trabalhadora, na medida em que a coloca contra si mesma.

Michel Foucault demonstra todo o movimento de transformação que fez o processo punitivo abandonar o instituto do suplício e criar o da prisão.

No século XVIII, a Europa vai deixando de assistir aos corriqueiros crimes violentos de massa, próprios da Idade Média, e passa a conviver com crimes "mais brandos", menos horrendos. De "marginais" que eram no período medieval, os transgressores vão se tornando "profissionais", sendo que a maioria dos crimes praticados incide diretamente contra a propriedade. A antiga "criminalidade de sangue" perde lugar para a recém-nascida "criminalidade da fraude", como definiria Foucault (19).

Essa transformação sinaliza o alvorecer dos "novos tempos", ou, se preferirem, do capitalismo industrial, podendo-se observar, já naquele século, o aumento do número de leis e de sua severidade, no que concernia à defesa da propriedade.

Os novos "bandidos", os "profissionais", dispensam um tratamento diferente daquele dado para os antigos "marginais", exigindo uma nova atitude dos governantes. O "crime moderno" impele à criação de "métodos de vigilância mais rigorosos, um policiamento mais estreito da população, técnicas mais bem ajustadas de descoberta, de captura, de informação." (FOUCAULT, 19, p. 72)

É nesse novo contexto que surgirão os "Reformadores", criminalistas e

legisladores preocupados em reformular todo o sistema de punições, criando um complexo punitivo mais humanista, mais justo, em que a lei deveria levar em consideração a individualidade de cada réu, o ato em si por ele cometido. Objetivava-se derrubar completamente a antiga norma cujo tratamento com os crimes e os criminosos era indistinto, ditando que o responsável por três crimes consecutivos, fossem eles quais fossem, seria condenado à morte.

Essa nova filosofia retrata um momento histórico em que o Estado Moderno está para ser construído e, com ele, todos os aparatos técnicos próprios dos três Poderes legalmente constituídos.

Fica patente a necessidade de se legitimar o novo constructo político. E a maneira que a recente lógica econômica, agarrada aos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade (que a auxiliaram em sua consolidação), encontra para promover essa legitimidade, é a utilização da mesma estratégia que a fez ascender em lugar do superado modo de produção feudal, qual seja, o envolvimento, na esfera política, de toda a sociedade.

As revoluções liberais burguesas encarregaram-se de tornar todos os membros da sociedade cidadãos, indivíduos, pessoas que, mesmo sem condição de adquirirem a propriedade, apesar de estarem livres para isso, deveriam ser tratadas como iguais aos proprietários, pela lei.

O liberalismo tratou de confundir a transparência das contradições sociais outrora definidas, lançando a classe potencialmente transformadora das bases econômicas capitalistas (o proletariado), no universo dos "livres pobres", dos que podem vir a ter.

Por outro lado, a estrutura da economia não permitiria que todos obtivessem a propriedade dos meios de produção, apesar de permitir, e em muitos momentos históricos até, promover, a aquisição universal da propriedade privada. É, justamente a restrição à obtenção da propriedade dos meios de produção que essa economia promove, que mantém as contradições sociais e, com ela, o perigo da *"stasis".*

Frente a isso, é essencial, para que o capitalismo sobreviva e cresça, que a ideologia hegemônica envolva toda a sociedade, faça penetrar no seio de todas as camadas sociais, indistintamente, o seu discurso, único, igual e igualizador. O ideário liberal deve ser legitimado e, com ele, todas as estruturas técnicas políticas e econômicas das quais depende o sistema capitalista.

O crime, portanto, deixa de ser preocupação e responsabilidade exclusivas do governante. Passa a ser objeto sobre o qual deve agir "toda a sociedade". É a sociedade que se torna, agora, a grande culpada pela

existência do crime, e é a mesma sociedade que deve solucioná-lo.

Os representantes dessa sociedade, por ela eleitos, não possuem o poder do rei absoluto, e nem o peso, os custos que o tornam refém desse poder. Dessa forma, o juízo é um quadro estritamente técnico, devendo fazer cumprir, com apurado rigor, a letra da lei, elaborada pelos representantes a quem a sociedade delegou o seu poder. E (os leitores que me desculpem a reiterada repetição do termo) é essa sociedade que, em última instância, decide, para a ideologia liberal, a condenação ou a absolvição do réu.

Ora, mas quem é essa "entidade autônoma", esse "fantasma insuspeito"? Quem é, afinal, essa sociedade? São todos os cidadãos (no sentido lato), todos os indivíduos (e aqui pode-se usar esse termo indistintamente) que a compõem, independentemente de cor, etnia, credo, ou da classe social a que pertençam; são, enfim, todos os seres humanos.

Podemos, então, lançar a seguinte questão: Mas, se as contradições sociais e o perigo da *"stasis"* subsistem e, por outro lado, todos são cidadãos e devem cuidar do tema criminalidade, assim como de todos os outros produzidos socialmente, como fica o crime e a sua punição? O crime é produto de quem, afinal? Dos pobres ou de todos? E a punição, deve vir de quem? Dos ricos ou de todos?

A tradição marxista afirmaria que o crime é um constructo social, resultante da apropriação privada dos meios de produção por alguns indivíduos, que gera profundas desigualdades sociais. As ações sociais sobre o crime, como a vigilância e a punição, portanto, seriam criações da burguesia no sentido de controlarem o proletariado. A ideologia liberal de que todos punem, através dos órgãos representantes da sociedade, seria um engodo para os trabalhadores pois, quem seria punido senão o transgressor das regras que protegem a propriedade, senão, portanto, o despossuído dessa propriedade, o próprio trabalhador?

Foucault nos mostra que, no processo de conformação do Estado burguês, as leis relativas à criminalidade apenavam com muito rigor os crimes mais praticados pela população pobre, como homicídios, roubos, ofensas físicas, próprios do violento universo em que vivem os trabalhadores, ao passo que abrandavam-se quando diziam respeito a crimes praticados mais comumente por ricos, como a agiotagem, a corretagem ilícita, dentre outros (e hoje poderíamos encaixar, nessa categoria, os chamados crimes de colarinho branco).

A legislação penal moderna brasileira pode ser, com resguardos, um bom exemplo do que acabamos de afirmar. Ela institui três tipos de pena: a

privativa de liberdade, a restritiva de direitos e a multa.

O primeiro tipo de pena se traduz na reclusão ou na detenção, ou seja, o réu é condenado a cumprir pena no estabelecimento penitenciário ou em estabelecimento adequado (em princípio, a casa de albergado), enquadrando-se em um dos três regimes de cumprimento dessa pena: o fechado, o semi-aberto e o aberto. Todos eles implicam no trabalho do condenado, seja no interior da penitenciária, na colônia penal, ou no seio da sociedade livre.

No segundo tipo, como o próprio nome sugere, o condenado tem alguns de seus direitos restringidos, que podem ser, conforme determina o artigo 43: a) prestação pecuniária (pagamento em dinheiro à vítima ou a entidade pública ou privada com destinação social, de valor não inferior ao salário mínimo); b) perda de bens ou valores; c) prestação serviços à comunidade (o que implica no trabalho gratuito); d) interdição temporária de direitos; e) limitação de fim de semana.[121] Sobretudo os itens c), d) e e) são, como nos chamaria a atenção Foucault, meios disciplinadores do criminoso.

O terceiro tipo de pena está inscrito no artigo 49, seguindo-se disposições tangentes ao instituto nos artigos 50, 51, 52, 58 e 60, chamando atenção o parágrafo 2º deste último que expõe: "A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do artigo 44 deste Código". E, afirmam estes incisos: "II- o réu não for reincidente; III- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente."

Note-se que a multa não incide sobre penas altas relativas a crimes graves, pelo menos não isoladamente, e, quando se aplica a transgressões sérias assume um caráter cumulativo, figurando como elemento adicional de apenação. Tomemos atenção aos incisos II e III do artigo 44. Qual é a porcentagem dos transgressores, em sua esmagadora maioria de origem pobre, submetidos ao sistema carcerário vigente, que não reincidem, senão tão alta quanto o índice de pobres e pessoas sem profissão que ocupam as casas de detenção, os estabelecimentos penitenciários de nosso país?[122] Que tipo de antecedentes tem um sujeito que nasce em meio ao lixo, convivendo dioturnamente ao lado de bandidos e traficantes, encontrando na prática de

[121] Redação conforme as alterações dadas pela Lei no. 9714/98, de 25/11/1998.
[122] Dados da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo referentes ao ano de 1996 mostram que apenas 2% dos presos neste Estado chegaram a cursar o 3º grau escolar, que 44% dos presos não possuíam profissão definida, 42% estavam desempregados e 47% eram reincidentes. Fonte**: Censo Penitenciário –1996, Período de Coleta: 01/01 a 31/12 de 1996.**

atos ilícitos os meios de sua própria sobrevivência?[123]

Importantes aspectos do direcionamento dado à lei penal para crimes que implicam em punição mais rigorosa estão presentes na Lei de Execução Penal[124], de número 7.210, de 11 de julho de 1984, que disciplina o trabalho do condenado. Como exemplos temos os artigos 1°, 28 e 34.

Afirma o artigo 1°: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."

Reforça o artigo 28: "O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva."

O artigo 34, por sua vez, ao abordar o trabalho interno, dispõe o seguinte: "O trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, **e terá por objetivo a formação profissional do condenado**.[125] Parágrafo Único: Nessa hipótese, incumbirá à entidade gerenciadora promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada."

Poderíamos, então, perguntar: Como uma lei, feita para toda a sociedade, que tem por objetivo normatizar a vida de todos os indivíduos indistintamente, cuja principal característica é a impessoalidade, pode determinar que o trabalho para o condenado deve ter por finalidade a sua formação profissional? Ora, então ela pressupõe que esse condenado não é profissionalmente qualificado? E quem é, na nossa sociedade, esse sujeito desqualificado profissionalmente? O rico, que teve a oportunidade de estudar e tem uma profissão, ou o pobre, que mal possui um ofício?

Frente a essa realidade, e diante do exposto anteriormente, concluímos, ainda que prematuramente, que a lei moderna reflete e concretiza o processo histórico

[123] A mesma fonte revela que 46% dos presos cometeram roubo simples ou qualificado e 10% furto simples ou qualificado, somando-se 56% de condenados por apropriação ilícita de bens alheios. Tanto o roubo quanto o furto são, ainda que de modo relativo, indícios concretos da luta de classes. 10% estão presos por motivo de tráfico de drogas. Destes, seguramente uma porcentagem ínfima é representativa dos chefes do tráfico, chefes estes que, todos sabem, não se situam no 1° grau da hierarquia das organizações do tráfico.

[124] A Lei no. 10.222 de 05 de março de 1.999, que dispõe sobre a utilização de mão de obra carcerária, prevê convênios entre o Poder Executivo e Secretarias do Estado, Prefeituras Municipais e Ministérios Públicos para a utilização de mão de obra de sentenciados recolhidos em estabelecimentos de regime fechado e semi-aberto, dispondo em seu artigo 4° que, "para cumprir a finalidade educativa do trabalho prisional, os convênios preverão, quando necessário, a formação e treinamento de mão-de-obra."

[125] Grifo nosso.

burguês incidente sobre a criminalidade, que visa o controle social através da disciplina e constante vigilância. Note-se que, tal como os condenados à pena restritiva de direito, os condenados à pena privativa de liberdade são submetidos ao trabalho, à vigilância, à educação (leia-se disciplinamento ideológico), à obediência e ao risco de, a qualquer transgressão, sofrerem nova punição.

REFERÊNCIAS

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

CENSO PENITENCIÁRIO – 1.996, Período de Coleta – 01/01 a 31/12/1.996 realizado pela Secretaria de Estado da Administração Penitenciária (Governo de São Paulo).

Lei 10.200 de 06 de janeiro de 1.999. In: DOESP, 06/03/99, vol. 109, Secção I.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 14ª edição. Petrópolis: Ed. Vozes, 1996.

_____. **Microfísica do Poder**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Graal Ltda., 1989.

MARX, K. **O Capital: crítica da economia política**. "O Processo de Produção do Capital", Livro Primeiro, volume I, tomo 2, vol. II, Coleção "Os Economistas". São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1988.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal.** 11ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 1996. vol. 1.

NEO-RETRIBUCIONISMO PENAL: compatibilidade com o Estado de Direito

Criminal new retribution: compatibility with the rule of law

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio[126]
Faculdade de Jaguariúna

RESUMO: Trata-se de um estudo da criminologia no seu aspecto sociológico, incluindo o que se denomina de realismo ou retribucionismo, enfocando a teoria de lei e ordem americana, implantada por meio da operação 'tolerância zero' e seus reflexos na ordem jurídica.

Palavras-chaves: lei e ordem, criminologia, tolerância zero.

ABSTRACT: This is a study of criminology in its sociological aspect, including what is called realism or retribucionismo, focusing on the theory of American law and order, implemented through the operation zero tolerance and its reflections in the legal system.

Keywords: law and order, criminology, zero tolerance.

Etimologicamente, Criminologia vem do latim *crimino* (crime) e do grego *logos* (estudo, tratado), significando o "estudo do crime". Para Afrânio Peixoto (1953:11), a criminologia *"é a ciência que estuda os crimes e os criminosos, isto é, a criminalidade".* Entretanto, a criminologia não estuda apenas o crime, mas também as circunstâncias sociais, a vítima, o criminoso, o prognóstico delitivo etc. A palavra criminologia foi pela primeira vez usada em 1883 por Paul Topinard e aplicada internacionalmente por Raffaele Garofalo em seu livro Criminologia, no ano de 1885.

Pode-se conceituar criminologia como sendo a ciência empírica (baseada na observação e experiência) e interdisciplinar que tem por objeto de análise o crime, a personalidade do autor do comportamento delitivo, da vítima e do controle social das condutas criminosas. A criminologia é uma ciência do "ser", empírica, na medida em que seu objeto (crime, criminoso, vítima e controle social) é visível no mundo real e não no mundo dos valores, como ocorre com o direito, que é uma ciência do "dever-ser", portanto normativa e valorativa.

[126] Delegado de Polícia, Mestre em Direito Processual Penal.

Embora tanto o Direito Penal quanto a Criminologia se ocupem de estudar o crime, ambos dedicam enfoques diferentes para o fenômeno criminal. O Direito Penal é ciência normativa, visualizando o crime como conduta anormal para a qual fixa uma punição. O Direito Penal conceitua crime como sendo conduta (ação ou omissão) típica, antijurídica e culpável (corrente causalista). Por seu turno, a Criminologia vê o crime com um problema social, um verdadeiro fenômeno comunitário, abrangendo quatro elementos constitutivos, a saber: incidência massiva na população (não se pode tipificar como crime um fato isolado); incidência aflitiva do fato praticado (o crime deve causar dor à vítima e à comunidade); persistência espaço-temporal do fato delituoso (é preciso que o delito ocorra reiteradamente por um período significativo de tempo no mesmo território) e consenso inequívoco acerca de sua etiologia e técnicas de intervenção eficazes (a criminalização de condutas depende de uma análise minuciosa desses elementos e sua repercussão na sociedade).

Desde os primórdios até os dias de hoje a Criminologia sofreu mudanças importantes no seu objeto de estudo. Houve tempo em que ela apenas se ocupava do estudo do crime (Beccaria), passando pela verificação do delinqüente (Escola Positiva). Após a década de 1950 alcança projeção o estudo das vítimas e também os mecanismos de controle social, havendo uma ampliação do seu objeto que assume, portanto, uma feição pluridimensional e interacionista.

Atualmente o objeto da criminologia está dividido em quatro vertentes: delito, delinqüente, vítima e controle social.

No que se refere ao delito, a Criminologia tem toda uma atividade verificativa, que analisa a conduta anti-social, suas causas geradoras, o efetivo tratamento dado ao delinqüente visando sua não reincidência, bem assim as falhas de sua profilaxia preventiva.

A Criminologia moderna não pode se limitar à adoção do conceito jurídico-penal de delito, pois fulminaria sua independência e autonomia, transformando-se em mero instrumento de auxílio do sistema penal. De igual sorte não aceita o conceito sociológico de crime, como sendo uma conduta desviada, que foge ao comportamento padrão de uma comunidade.

Assim, para a Criminologia o crime é um fenômeno social, comunitário e que se mostra como um ‘problema’ maior, a exigir do pesquisador uma empatia para se aproximar dele e o entender nas suas múltiplas facetas. Destarte, a relatividade do conceito de delito é patente na Criminologia que o observa como um problema social.

Não apenas o crime interessa à Criminologia. O estudo do delinqüente se mostra muito sério e importante.

Para a Escola Clássica, o criminoso era um ser que pecou, que optou pelo mal, embora pudesse e devesse escolher o bem. O apogeu do valor do estudo do criminoso ocorreu durante o período do Positivismo Penal, com destaque para a antropologia criminal, sociologia criminal, biologia criminal etc. A Escola Positiva entendia que o criminoso era um ser atávico, preso à sua deformação patológica (às vezes nascia criminoso).

Outra dimensão do delinqüente foi confeccionada pela Escola Correcionalista (de grande influência na América espanhola), para a qual o criminoso era um ser inferior e incapaz de se governar por si próprio, merecendo do Estado uma atitude pedagógica e de piedade. Registre-se, por oportuno, a visão do marxismo, que entendia o criminoso como uma vítima inocente das estruturas econômicas.

O estudo atual da Criminologia não confere mais aquela extrema importância dada ao delinqüente pela Criminologia Tradicional, deixando-o em um plano secundário de interesse. Salienta Sérgio Salomão Shecaira (2008:54) que “o criminoso é um ser histórico, real, complexo e enigmático,... um ser absolutamente normal, pode estar sujeito às influências do meio (não aos determinismos)”. E arremata, “as diferentes perspectivas não se excluem; antes, completam-se e permitem um grande mosaico sobre o qual se assenta o direito penal atual”.

Outro aspecto do objeto da Criminologia se relaciona com o papel da vítima na gênese delitiva. Nos dois últimos séculos, o direito penal praticamente desprezou a vítima, relegando-a a uma insignificante participação na existência do delito.

Verifica-se a ocorrência de três grandes instantes da vítima nos estudos penais: a “idade do ouro”; a neutralização do poder da vítima e a revalorização de sua importância.

A idade do ouro compreende desde os primórdios da civilização até o fim da Alta Idade Média (autotutela, lei de Talião etc.); o período de neutralização surge com o processo inquisitivo e pela assunção pelo Poder Público do monopólio de jurisdição; e, por derradeiro, a revalorização da vítima ganha destaque no processo penal, após o pensamento da Escola Clássica, porém, só recentemente é que houve um direcionamento efetivo de estudos nesse sentido, com o 1º Seminário Internacional de Vitimologia (Israel, 1973).

Tem-se como fundamental o estudo do papel da vítima na estrutura do delito, principalmente em face dos problemas de ordem moral, psicológica, jurídica etc., justamente naqueles casos em que o crime é levado a efeito por meio de violência ou grave ameaça. Ressalte-se que a vitimologia permite estudar, inclusive, a criminalidade real, efetiva, verdadeira, por intermédio da coleta de informes fornecidos pelas vítimas e não informados às instâncias de controle (cifra negra de criminalidade[127]).

Uma vertente criminológica diferenciada surge nos Estados Unidos, no final dos anos 1990, com a denominação de lei e ordem ou tolerância zero (como derivação da "*broken windows theory*"), inspirada pela escola de Chicago, dando um caráter "sagrado" aos espaços públicos. Alguns a denominam de realismo de direita[128] ou neo-retribucionismo. Parte da premissa de que os pequenos delitos devem ser rechaçados com rigor, o que inibiria os mais graves (fulminar o mal no seu nascedouro), atuando como prevenção geral; os espaços públicos e privados devem ser tutelados e preservados.

Alguns doutrinadores, na esteira de Shecaira (2008:331), discordam dessa teoria, no sentido de que produz um elevado número de encarceramentos (nos EUA, em 2008, havia 2.319.258 encarcerados e aproximadamente 5.000.000 pessoas beneficiadas com algum tipo de instituto processual, como *sursis*, liberdade condicional etc.).

Em 1982 foi publicada na revista *The Atlantic Monthly* uma teoria elaborada por dois criminólogos americanos James Wilson e George Kelling, denominada de Teoria das Janelas Quebradas (*Broken Windows Theory*). Tal teoria parte da premissa de que existe uma relação de causalidade entre a desordem e a criminalidade.

A teoria baseia-se num experimento realizado por Philip Zimbardo, psicólogo da Universidade de Stanford, com um automóvel deixado em um bairro de classe alta de Palo Alto (Califórnia) e outro deixado no Bronx (Nova York). No Bronx o veículo foi depenado em 30 minutos e em Palo Alto o carro permaneceu intacto por uma semana. Porém, após o pesquisador quebrar uma das janelas, o carro foi completamente destroçado e roubado por grupos de vândalos em poucas horas.

Nesse sentido, caso se quebre uma janela de um prédio e imediatamente ela não seja consertada, os transeuntes pensarão que não existe autoridade responsável pela conservação da ordem naquela localidade. E logo todas as outras janelas serão quebradas. As pequenas desordens

[127] Cifra negra é a expressão que designa o número de delitos não levados ao conhecimento do Estado.
[128] Apud Sérgio Salomão Shecaira, Criminologia, 2ª edição, RT, 2008, pág. 331.

conduzem a grandes desordens, abrindo espaço e cultura para o crime. Assim, acontecerá a decadência daquele espaço urbano em pouco tempo, facilitando a permanência de marginais no lugar, criando dessa forma um terreno propício para a criminalidade.

A Teoria das Janelas Quebradas (ou **Broken Windows Theory**) desenvolvida nos EUA e aplicada em Nova York, quando Rudolph Giuliani era prefeito, por meio da Operação Tolerância Zero *("Zero Tolerance"*) reduziu consideravelmente os índices de criminalidade naquela cidade. O resultado da aplicação da *Broken Windows Theory* foi a redução de forma satisfatória da criminalidade em Nova York, que antigamente era conhecida como a "Capital do Crime". Hoje a cidade é considerada a mais segura dos Estados Unidos.

Uma das principais críticas feitas à teoria é que, com a política de tolerância zero, houve um encarceramento em massa dos menos favorecidos (prostitutas, mendigos, sem-teto etc.). Na verdade, a crítica não procede, porque a política criminal analisava a conduta do indivíduo, não sua situação pessoal.

Em 1990 o americano Wesley Skogan realizou uma pesquisa em várias cidades nos EUA que confirmou os fundamentos da teoria. A relação de causalidade que existe entre desordem e criminalidade é muito maior do que a relação criminalidade com pobreza, desemprego, falta de moradia.

Esse estudo foi de extrema importância para que fosse colocada em prática a Política Criminal de Tolerância Zero, implantada pelo chefe de polícia de Nova York, Willian Bratton, que combatia veementemente os vândalos no metrô.

Do metrô para as ruas implantou-se uma teoria da lei e ordem, em que se agia contra os grupos de vândalos que lavavam os pára-brisas de veículos e extorquiam dinheiro dos motoristas. Essa conduta era punida com serviços comunitários e não levava à prisão. Assim, as pessoas eram intimadas e muitas não cumpriam a determinação judicial, cujo descumprimento autorizava, então, a prisão. As prisões foram feitas às centenas, o que intimidava os demais, levando o temor dos nova-iorquinos por anos a se acabar em semanas.

Em Nova York, após a atuação de Rudolph Giuliani (prefeito) e Willian Bratton (chefe de Polícia) com a *"Zero Tolerance"*, os índices de criminalidade caíram 57% em geral, os casos de homicídios caíram 65%, o que é, no mínimo, elogiável. Ressalte-se que William Bratton posteriormente foi designado por duas vezes, por um período recorde de sete anos, chefe de

polícia de Los Angeles, onde também foi implantada a “tolerância zero”, com redução drástica de criminalidade até outubro de 2009.

Em contra partida, no Brasil, a criminalidade é crescente e organizada a partir dos presídios, com o beneplácito do governo. Só no Estado de São Paulo, no ano de 2009, ocorreram 964.120 furtos/roubos e mais de 4500 homicídios[129], numa demonstração cabal de ausência de políticas públicas voltadas para a proteção dos direitos humanos fundamentais, quiçá instaurando-se preocupante situação de anomia. E isso acontece desprezando-se a cifra negra que, sobretudo, nos crimes patrimoniais alcança níveis elevadíssimos e nos delitos sexuais quase 90% (noventa por cento)[130].

Além do mais, juízes, promotores e delegados adotam estratégia completamente equivocada no trato à criminalidade, repetindo erros históricos, vivenciados inclusive nos EUA na década de 1980, ao priorizar o combate à criminalidade violenta, sob argumentos diversos e falaciosos, que vão desde a falta de recursos e pessoal até a desnecessidade de reprimir comportamentos que configuram apenas um mero ato de desordem ou uma simples contravenção, passando pela alegação de o crime tem causas sociais e estruturais, tratando-se de uma das principais causas do aumento avassalador da criminalidade violenta em nosso país.

Como se isso não bastasse, progridem também medidas despenalizadoras, destipificadoras, na contramão da história e da necessidade de maior proteção do direito à segurança da sociedade, um direito fundamental e difuso.

A Constituição Federal ao assegurar o direito à segurança (art. 5º, *caput*) não o fez por liberalidade, cuidando-se, como já se disse, de direito humano fundamental, exigível ao Estado, uma vez que este monopoliza as forças policiais e a prestação jurisdicional. E o Estado deve ampliar os mecanismos de proteção direcionados à redução de criminalidade, ainda que isso represente um distanciamento do direito penal mínimo, como salvaguarda da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e propriedade. Parece até que alguns governantes e penalistas brasileiros pretendem uma teoria da desordem, do ‘quanto pior, melhor’.

Referências

[129] Fonte: Secretaria de Segurança Pública, http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/dados.aspx?id=E, acesso em 27.05.2010.
[130] Apud João Farias, Manual de Criminologia, 4ª edição, Juruá Editora/PR, 2009, pág. 79.

FARIAS JÚNIOR, J. Manual de Criminologia, 4ª edição, Juruá Editora, Curitiba, 2009.

HASSEMER, W.; CONDE, F. M. Introdução à Criminologia. Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2008.

MAÍLLO, A. S. Introdução à Criminologia. Trad. Luiz Regis Prado. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008.

PEIXOTO, A. Criminologia, 4ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1953.

PENTEADO FILHO, N. S. Direitos Humanos, 3ª edição, Editora Método, São Paulo, 2009.

_____ & ANGERAMI, Alberto. Direito Policial, Editora Método, São Paulo, 2009.

SCHECAIRA, S. S. Criminologia, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

NEO-RETRIBUCIONISMO PENAL: compatibilidade com o Estado de Direito

Criminal new retribution: compatibility with the rule of law

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio[126]
Faculdade de Jaguariúna

RESUMO: Trata-se de um estudo da criminologia no seu aspecto sociológico, incluindo o que se denomina de realismo ou retribucionismo, enfocando a teoria de lei e ordem americana, implantada por meio da operação 'tolerância zero' e seus reflexos na ordem jurídica.

Palavras-chaves: lei e ordem, criminologia, tolerância zero.

ABSTRACT: This is a study of criminology in its sociological aspect, including what is called realism or retribucionismo, focusing on the theory of American law and order, implemented through the operation zero tolerance and its reflections in the legal system.

Keywords: law and order, criminology, zero tolerance.

Etimologicamente, Criminologia vem do latim *crimino* (crime) e do grego *logos* (estudo, tratado), significando o "estudo do crime". Para Afrânio Peixoto (1953:11), a criminologia *"é a ciência que estuda os crimes e os criminosos, isto é, a criminalidade".* Entretanto, a criminologia não estuda apenas o crime, mas também as circunstâncias sociais, a vítima, o criminoso, o prognóstico delitivo etc. A palavra criminologia foi pela primeira vez usada em 1883 por Paul Topinard e aplicada internacionalmente por Raffaele Garofalo em seu livro Criminologia, no ano de 1885.

Pode-se conceituar criminologia como sendo a ciência empírica (baseada na observação e experiência) e interdisciplinar que tem por objeto de análise o crime, a personalidade do autor do comportamento delitivo, da vítima e do controle social das condutas criminosas. A criminologia é uma ciência do "ser", empírica, na medida em que seu objeto (crime, criminoso, vítima e controle social) é visível no mundo real e não no mundo dos valores, como ocorre com o direito, que é uma ciência do "dever-ser", portanto normativa e valorativa.

[126] Delegado de Polícia, Mestre em Direito Processual Penal.

Embora tanto o Direito Penal quanto a Criminologia se ocupem de estudar o crime, ambos dedicam enfoques diferentes para o fenômeno criminal. O Direito Penal é ciência normativa, visualizando o crime como conduta anormal para a qual fixa uma punição. O Direito Penal conceitua crime como sendo conduta (ação ou omissão) típica, antijurídica e culpável (corrente causalista). Por seu turno, a Criminologia vê o crime com um problema social, um verdadeiro fenômeno comunitário, abrangendo quatro elementos constitutivos, a saber: incidência massiva na população (não se pode tipificar como crime um fato isolado); incidência aflitiva do fato praticado (o crime deve causar dor à vítima e à comunidade); persistência espaço-temporal do fato delituoso (é preciso que o delito ocorra reiteradamente por um período significativo de tempo no mesmo território) e consenso inequívoco acerca de sua etiologia e técnicas de intervenção eficazes (a criminalização de condutas depende de uma análise minuciosa desses elementos e sua repercussão na sociedade).

Desde os primórdios até os dias de hoje a Criminologia sofreu mudanças importantes no seu objeto de estudo. Houve tempo em que ela apenas se ocupava do estudo do crime (Beccaria), passando pela verificação do delinqüente (Escola Positiva). Após a década de 1950 alcança projeção o estudo das vítimas e também os mecanismos de controle social, havendo uma ampliação do seu objeto que assume, portanto, uma feição pluridimensional e interacionista.

Atualmente o objeto da criminologia está dividido em quatro vertentes: delito, delinqüente, vítima e controle social.

No que se refere ao delito, a Criminologia tem toda uma atividade verificativa, que analisa a conduta anti-social, suas causas geradoras, o efetivo tratamento dado ao delinqüente visando sua não reincidência, bem assim as falhas de sua profilaxia preventiva.

A Criminologia moderna não pode se limitar à adoção do conceito jurídico-penal de delito, pois fulminaria sua independência e autonomia, transformando-se em mero instrumento de auxílio do sistema penal. De igual sorte não aceita o conceito sociológico de crime, como sendo uma conduta desviada, que foge ao comportamento padrão de uma comunidade.

Assim, para a Criminologia o crime é um fenômeno social, comunitário e que se mostra como um ‘problema’ maior, a exigir do pesquisador uma empatia para se aproximar dele e o entender nas suas múltiplas facetas. Destarte, a relatividade do conceito de delito é patente na Criminologia que o observa como um problema social.

Não apenas o crime interessa à Criminologia. O estudo do delinqüente se mostra muito sério e importante.

Para a Escola Clássica, o criminoso era um ser que pecou, que optou pelo mal, embora pudesse e devesse escolher o bem. O apogeu do valor do estudo do criminoso ocorreu durante o período do Positivismo Penal, com destaque para a antropologia criminal, sociologia criminal, biologia criminal etc. A Escola Positiva entendia que o criminoso era um ser atávico, preso à sua deformação patológica (às vezes nascia criminoso).

Outra dimensão do delinqüente foi confeccionada pela Escola Correcionalista (de grande influência na América espanhola), para a qual o criminoso era um ser inferior e incapaz de se governar por si próprio, merecendo do Estado uma atitude pedagógica e de piedade. Registre-se, por oportuno, a visão do marxismo, que entendia o criminoso como uma vítima inocente das estruturas econômicas.

O estudo atual da Criminologia não confere mais aquela extrema importância dada ao delinqüente pela Criminologia Tradicional, deixando-o em um plano secundário de interesse. Salienta Sérgio Salomão Shecaira (2008:54) que “o criminoso é um ser histórico, real, complexo e enigmático,... um ser absolutamente normal, pode estar sujeito às influências do meio (não aos determinismos)”. E arremata, “as diferentes perspectivas não se excluem; antes, completam-se e permitem um grande mosaico sobre o qual se assenta o direito penal atual”.

Outro aspecto do objeto da Criminologia se relaciona com o papel da vítima na gênese delitiva. Nos dois últimos séculos, o direito penal praticamente desprezou a vítima, relegando-a a uma insignificante participação na existência do delito.

Verifica-se a ocorrência de três grandes instantes da vítima nos estudos penais: a “idade do ouro”; a neutralização do poder da vítima e a revalorização de sua importância.

A idade do ouro compreende desde os primórdios da civilização até o fim da Alta Idade Média (autotutela, lei de Talião etc.); o período de neutralização surge com o processo inquisitivo e pela assunção pelo Poder Público do monopólio de jurisdição; e, por derradeiro, a revalorização da vítima ganha destaque no processo penal, após o pensamento da Escola Clássica, porém, só recentemente é que houve um direcionamento efetivo de estudos nesse sentido, com o 1º Seminário Internacional de Vitimologia (Israel, 1973).

Tem-se como fundamental o estudo do papel da vítima na estrutura do delito, principalmente em face dos problemas de ordem moral, psicológica, jurídica etc., justamente naqueles casos em que o crime é levado a efeito por meio de violência ou grave ameaça. Ressalte-se que a vitimologia permite estudar, inclusive, a criminalidade real, efetiva, verdadeira, por intermédio da coleta de informes fornecidos pelas vítimas e não informados às instâncias de controle (cifra negra de criminalidade[127]).

Uma vertente criminológica diferenciada surge nos Estados Unidos, no final dos anos 1990, com a denominação de lei e ordem ou tolerância zero (como derivação da "*broken windows theory*"), inspirada pela escola de Chicago, dando um caráter "sagrado" aos espaços públicos. Alguns a denominam de realismo de direita[128] ou neo-retribucionismo. Parte da premissa de que os pequenos delitos devem ser rechaçados com rigor, o que inibiria os mais graves (fulminar o mal no seu nascedouro), atuando como prevenção geral; os espaços públicos e privados devem ser tutelados e preservados.

Alguns doutrinadores, na esteira de Shecaira (2008:331), discordam dessa teoria, no sentido de que produz um elevado número de encarceramentos (nos EUA, em 2008, havia 2.319.258 encarcerados e aproximadamente 5.000.000 pessoas beneficiadas com algum tipo de instituto processual, como *sursis*, liberdade condicional etc.).

Em 1982 foi publicada na revista *The Atlantic Monthly* uma teoria elaborada por dois criminólogos americanos James Wilson e George Kelling, denominada de Teoria das Janelas Quebradas (*Broken Windows Theory*). Tal teoria parte da premissa de que existe uma relação de causalidade entre a desordem e a criminalidade.

A teoria baseia-se num experimento realizado por Philip Zimbardo, psicólogo da Universidade de Stanford, com um automóvel deixado em um bairro de classe alta de Palo Alto (Califórnia) e outro deixado no Bronx (Nova York). No Bronx o veículo foi depenado em 30 minutos e em Palo Alto o carro permaneceu intacto por uma semana. Porém, após o pesquisador quebrar uma das janelas, o carro foi completamente destroçado e roubado por grupos de vândalos em poucas horas.

Nesse sentido, caso se quebre uma janela de um prédio e imediatamente ela não seja consertada, os transeuntes pensarão que não existe autoridade responsável pela conservação da ordem naquela localidade. E logo todas as outras janelas serão quebradas. As pequenas desordens

[127] Cifra negra é a expressão que designa o número de delitos não levados ao conhecimento do Estado.
[128] Apud Sérgio Salomão Shecaira, Criminologia, 2ª edição, RT, 2008, pág. 331.

conduzem a grandes desordens, abrindo espaço e cultura para o crime. Assim, acontecerá a decadência daquele espaço urbano em pouco tempo, facilitando a permanência de marginais no lugar, criando dessa forma um terreno propício para a criminalidade.

A Teoria das Janelas Quebradas (ou **Broken Windows Theory**) desenvolvida nos EUA e aplicada em Nova York, quando Rudolph Giuliani era prefeito, por meio da Operação Tolerância Zero *("Zero Tolerance"*) reduziu consideravelmente os índices de criminalidade naquela cidade. O resultado da aplicação da *Broken Windows Theory* foi a redução de forma satisfatória da criminalidade em Nova York, que antigamente era conhecida como a "Capital do Crime". Hoje a cidade é considerada a mais segura dos Estados Unidos.

Uma das principais críticas feitas à teoria é que, com a política de tolerância zero, houve um encarceramento em massa dos menos favorecidos (prostitutas, mendigos, sem-teto etc.). Na verdade, a crítica não procede, porque a política criminal analisava a conduta do indivíduo, não sua situação pessoal.

Em 1990 o americano Wesley Skogan realizou uma pesquisa em várias cidades nos EUA que confirmou os fundamentos da teoria. A relação de causalidade que existe entre desordem e criminalidade é muito maior do que a relação criminalidade com pobreza, desemprego, falta de moradia.

Esse estudo foi de extrema importância para que fosse colocada em prática a Política Criminal de Tolerância Zero, implantada pelo chefe de polícia de Nova York, Willian Bratton, que combatia veementemente os vândalos no metrô.

Do metrô para as ruas implantou-se uma teoria da lei e ordem, em que se agia contra os grupos de vândalos que lavavam os pára-brisas de veículos e extorquiam dinheiro dos motoristas. Essa conduta era punida com serviços comunitários e não levava à prisão. Assim, as pessoas eram intimadas e muitas não cumpriam a determinação judicial, cujo descumprimento autorizava, então, a prisão. As prisões foram feitas às centenas, o que intimidava os demais, levando o temor dos nova-iorquinos por anos a se acabar em semanas.

Em Nova York, após a atuação de Rudolph Giuliani (prefeito) e Willian Bratton (chefe de Polícia) com a *"Zero Tolerance"*, os índices de criminalidade caíram 57% em geral, os casos de homicídios caíram 65%, o que é, no mínimo, elogiável. Ressalte-se que William Bratton posteriormente foi designado por duas vezes, por um período recorde de sete anos, chefe de

polícia de Los Angeles, onde também foi implantada a “tolerância zero”, com redução drástica de criminalidade até outubro de 2009.

Em contra partida, no Brasil, a criminalidade é crescente e organizada a partir dos presídios, com o beneplácito do governo. Só no Estado de São Paulo, no ano de 2009, ocorreram 964.120 furtos/roubos e mais de 4500 homicídios[129], numa demonstração cabal de ausência de políticas públicas voltadas para a proteção dos direitos humanos fundamentais, quiçá instaurando-se preocupante situação de anomia. E isso acontece desprezando-se a cifra negra que, sobretudo, nos crimes patrimoniais alcança níveis elevadíssimos e nos delitos sexuais quase 90% (noventa por cento)[130].

Além do mais, juízes, promotores e delegados adotam estratégia completamente equivocada no trato à criminalidade, repetindo erros históricos, vivenciados inclusive nos EUA na década de 1980, ao priorizar o combate à criminalidade violenta, sob argumentos diversos e falaciosos, que vão desde a falta de recursos e pessoal até a desnecessidade de reprimir comportamentos que configuram apenas um mero ato de desordem ou uma simples contravenção, passando pela alegação de o crime tem causas sociais e estruturais, tratando-se de uma das principais causas do aumento avassalador da criminalidade violenta em nosso país.

Como se isso não bastasse, progridem também medidas despenalizadoras, destipificadoras, na contramão da história e da necessidade de maior proteção do direito à segurança da sociedade, um direito fundamental e difuso.

A Constituição Federal ao assegurar o direito à segurança (art. 5º, *caput*) não o fez por liberalidade, cuidando-se, como já se disse, de direito humano fundamental, exigível ao Estado, uma vez que este monopoliza as forças policiais e a prestação jurisdicional. E o Estado deve ampliar os mecanismos de proteção direcionados à redução de criminalidade, ainda que isso represente um distanciamento do direito penal mínimo, como salvaguarda da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e propriedade. Parece até que alguns governantes e penalistas brasileiros pretendem uma teoria da desordem, do ‘quanto pior, melhor’.

Referências

[129] Fonte: Secretaria de Segurança Pública, http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/dados.aspx?id=E, acesso em 27.05.2010.
[130] Apud João Farias, Manual de Criminologia, 4ª edição, Juruá Editora/PR, 2009, pág. 79.

FARIAS JÚNIOR, J. Manual de Criminologia, 4ª edição, Juruá Editora, Curitiba, 2009.

HASSEMER, W.; CONDE, F. M. Introdução à Criminologia. Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2008.

MAÍLLO, A. S. Introdução à Criminologia. Trad. Luiz Regis Prado. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008.

PEIXOTO, A. Criminologia, 4ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1953.

PENTEADO FILHO, N. S. Direitos Humanos, 3ª edição, Editora Método, São Paulo, 2009.

_____ & ANGERAMI, Alberto. Direito Policial, Editora Método, São Paulo, 2009.

SCHECAIRA, S. S. Criminologia, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.