

REVISTA DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO PARÁ

V. 9 N. 9 2016

Belém

R454 Revista do Ministério Público do Estado do Pará, v. 1, n. 1, 2006-
Belém: Ministério Público do Estado do Pará, 2006.

Anual
ISSN 1980-5535

1. Direito – Doutrina. 2. Entrevista.

CDD ; 340.05

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

V. 9 N. 9 2016

Belém

ISSN 1980-5535

R. Minist. Públ. Est. PA	Belém	n. 9	p. 1-326	2016

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

CONSELHO EDITORIAL

Membros:

Cristina Figueiredo Terezo
Diego Libardi Rodrigues
Eliane Cristina Pinto Moreira
Elísio Augusto Velloso Bastos
José Edvaldo Pereira Sales
Túlio Chaves Novaes

FICHA TÉCNICA

Diretor de Publicações do CEAF

José Edvaldo Pereira Sales

Secretaria

Ceyla Thaise Santos Brilhante

Normalização bibliográfica

Lucilene da Silva Amaral

Maria da Conceição Pina de Carvalho

Sizete Medeiros do Nascimento

Projeto de Capa e Separadores

Serviço de Artes Gráficas

Ruth Campos

Editoração e Impressão:

GTR GRÁFICA E EDITORA LTDA

Publicação do **Ministério Público do Estado do Pará** por meio do
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Endereço eletrônico para remessa de artigo: ceaf_periodicos@mppa.mp.br
As opiniões emitidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores.

Ministério Público do Estado do Pará GTR GRÁFICA E EDITORA LTDA.

Rua João Diogo, 100
Cidade Velha - Belém - PA
CEP 66015-160
(91) 4006-3400
ceaf@mppa.mp.br
<http://www.mppa.mp.br>

Rua Ferreira Pena, 84
Umarizal – Belém-PA
CEP: 66050-140
(91) 3241-9774



PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Marcos Antônio Ferreira das Neves

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Adélio Mendes dos Santos

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Manoel Santino Nascimento Júnior	Maria da Conceição Gomes de Souza
Raimundo de Mendonça Ribeiro Alves	Maria da Conceição de Mattos Sousa
Cláudio Bezerra de Melo	Leila Maria Marques de Moraes
Ubiragilda Silva Pimentel	Tereza Cristina Barata Batista de Lima
Luiz César Tavares Bibas	Maria Tércia Ávila Bastos dos Santos
Geraldo de Mendonça Rocha	Estevam Alves Sampaio Filho
Francisco Barbosa de Oliveira	Jorge de Mendonça Rocha
Dulcelinda Lobato Pantoja	Maria do Socorro Santos Velasco
Marcos Antônio Ferreira das Neves	Hezedequias Mesquita da Costa
Adélio Mendes dos Santos	Miguel Ribeiro Baía
Almerindo José Cardoso Leitão	Maria Célia Filocreão Gonçalves
Mariza Machado da Silva Lima	Cândida de Jesus Ribeiro do Nascimento
Antonio Eduardo Barleta de Almeida	Maria do Socorro Martins Carvalho Mendo
Ricardo Albuquerque da Silva	Nelson Pereira Medrado
Ana Tereza do Socorro da Silva Abucater	Rosa Maria Rodrigues Carvalho
Mario Nonato Falângola	

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Marcos Antônio Ferreira das Neves	Rosa Maria Rodrigues Carvalho
Adélio Mendes dos Santos	Maria da Conceição de Mattos Sousa
Nelson Pereira Medrado	Estevam Alves Sampaio Filho
Raimundo de Mendonça Ribeiro Alves	

SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA, ÁREA JURÍDICO- INSTITUCIONAL

Leila Maria Marques de Moraes

SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, ÁREA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA.

Miguel Ribeiro Baía



CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

DIRETORIA EXECUTIVA

Miguel Ribeiro Baía
Diretor-Geral

José Edvaldo Pereira Sales
Diretor de Publicações

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues
*Diretor de Bolsas de Estudos, Auxílios
Financeiros e Parcerias*

José Edvaldo Pereira Sales
Diretor de Cursos e Eventos

Sumaya Saad Morhy Pereira
Diretora de Pesquisas e Grupo de Estudo

Lúcia da Costa Florenzano
Diretora Administrativa

CENTROS DE APOIO OPERACIONAL

COORDENADORES

Mário Sampaio Netto Chermont
CAO Criminal

César Bechara Nader Mattar Júnior
CAO Constitucional

Ioná Silva de Souza Nunes
CAO da Cidadania

Fabia de Melo-Fournier
CAO Cível

Mônica Rei Moreira Freire
CAO da Infância e Juventude

Nilton Gurjão das Chagas
CAO Meio Ambiente

APRESENTAÇÃO

Próximo ao término do meu segundo mandato como Procurador-Geral de Justiça do Estado do Pará, tenho a honra de apresentar à comunidade jurídica e aos interessados em geral mais um volume da Revista do Ministério Público do Estado do Pará, que, seguindo a praxe de anos anteriores, é lançada nesta data expressiva para todos nós, que é o Dia Nacional do Ministério Público.

Tem sido a Revista do Ministério Público um importante veículo de contribuição para a cultura jurídica, para a formação do pensamento doutrinário, nacional. Produzida integralmente pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF/MP/PA) e divulgada por todo o país, em meio impresso e eletrônico, a revista tem sido um dos canais que transmitem conhecimento a partir do Norte do Brasil.

As contribuições são provenientes de autores diversos, os temas são também variados e todos expressam conteúdos ricos para o aprofundamento das nossas próprias reflexões a respeito do Direito e de sua prática. Neste volume, temos os seguintes artigos e respectivos autores: O dever de proteção ambiental e atuação do ministério público: reflexões sobre adoção do termo de ajustamento de conduta para reparação ambiental no contexto amazônico (Adriana Passos Ferreira); Trabalho infanto-juvenil nas vias públicas de Belém/PA e Ananindeua/PA (Amanda Martins Chaves/Brenda Rocha Caramês/Diego Monteiro Pinheiro); Processo penal como garantia dos direitos fundamentais (Daniel Menezes Barros); O positivismo jurídico e sua influência sobre decisões judiciais (Daniella Maria dos Santos Dias); Maccormik, Hart e Dworkin, teoria da argumentação: o positivismo e o uso de princípios como justificação juridicamente válida para as decisões dos tribunais (Hélio Rubens Pinho Pereira); Judicialização das políticas públicas: uma questão jurídica contemporânea (José Godofredo Pires dos Santos); Fundamentação das audiências de custódia e apontamentos críticos da sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro (Laércio Dias Franco Neto/Lauro Francisco da Silva Freitas Junior); Incidente de resolução de demandas repetitivas: reflexões iniciais (Luana Rochelly Miranda Lima Pereira); O direito de acesso à justiça segundo a corte interamericana de direitos humanos (Manoel Maurício Ramos Neto/Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro/Evandro de Aguiar Ribeiro); O perfil das casas penais no estado do Pará com ênfase na capacidade, ocupação, oferta de educação e trabalho (Marilze Ribeiro Bitar/Alexandre Manuel Lopes Rodrigues); Democracia, cidadania e ética (Paulo Mauricio Sales Cardoso); Proteção integral e a efetividade das políticas públicas direcionadas ao atendimento de adolescentes em conflito com a lei e dependentes de entorpecentes e drogas afins (Priscilla Tereza de Araújo Costa Moreira); Reflexões sobre a Lei 13.146, a concepção de deficiência e capacidade legal, e os institutos da curatela e tomada de decisão apoiada (Waldir Macieira da Costa Filho).

Além desse aspecto doutrinário, a revista traz, ainda, outras seções de igual importância. Há dois pareceres. Um do atual Procurador Regional Eleitoral do Pará, Dr. Bruno Araújo Soares Valente, sobre matéria eleitoral; e o outro, subscrito pelo Promotor de Justiça, Dr. João Gualberto dos Santos Silva, que aborda um destacado tema sobre retificação de registro de nascimento envolvendo adoção por escritura pública. A parte

final da revista ocupa-se de sugestões de leitura, que é uma seleção de livros, inclusive de autores paraense, feita a partir do acervo existente na Biblioteca do Ministério Público do Estado do Pará.

O entrevistado é o Dr. Douglas Fischer, que é Procurador Regional da República na 4ª Região, atualmente, com atuação perante a PRR4ª Região, como Procurador-Assessor no Gabinete do Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, sendo o Coordenador Jurídico do Grupo de Trabalho Lava Jato junto ao Gabinete do PGR. A entrevista abrange temas importantes como a Operação Lava Jato, combate à corrupção, execução provisória de pena, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e discussões sobre “Garantismo”, desde a perspectiva do professor italiano Luigi Ferrajoli até o chamado “Garantismo Penal Integral” defendido pelo entrevistado.

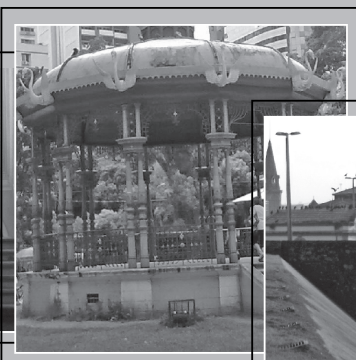
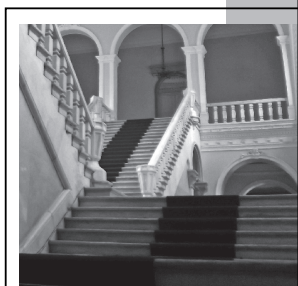
Como podemos notar, o conteúdo deste volume da revista é instigante e convidativo à detida leitura. Particularmente, como Chefe do Ministério Público Estadual, tenho sustentado em muitas ocasiões a necessidade de uma “doutrina ministerial”. Esta publicação vem em boa hora ao encontro dessa premente necessidade. Esperamos que sirva não só como contribuição de conteúdo para investigação de cada leitor, mas também como incentivo para que essa perspectiva seja empreendida em outros locais até mesmo com mais intensidade.

Satisfeito com os resultados, parabênizo e agradeço aos envolvidos na publicação, e convido a todos a passarmos às páginas seguintes!

Belém, 14 de dezembro de 2016.

Marcos Antônio Ferreira das Neves
Procurador-Geral de Justiça

Sumário



SUMÁRIO

ARTIGOS

- O DEVER DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E ATUAÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO: REFLEXÕES SOBRE ADOÇÃO DO
TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PARA REPARAÇÃO
AMBIENTAL NO CONTEXTO AMAZÔNICO 17

Adriana Passos Ferreira

- TRABALHO INFANTO-JUVENIL NAS VIAS PÚBLICAS DE
BELÉM/PA E ANANINDEUA/PA 37

Amanda Martins Chaves

Brenda Rocha Caramês

Diego Monteiro Pinheiro

- PROCESSO PENAL COMO GARANTIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: CONTRADITÓRIO E REALIZAÇÃO DE
AUDIÊNCIA CRIMINAL SEM A PRESENÇA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO, ANÁLISE CRÍTICA DO PRECEDENTE ESTABELECIDO
PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 55

Daniel Menezes Barros

- O POSITIVISMO JURÍDICO E SUA INFLUÊNCIA SOBRE
DECISÕES JUDICIAIS 81

Daniella Maria dos Santos Dias

- MACCORMIK, HART E DWORKIN, TEORIA DA
ARGUMENTAÇÃO: O POSITIVISMO E O USO DE PRINCÍPIOS
COMO JUSTIFICAÇÃO JURIDICAMENTE VÁLIDA PARA AS
DECISÕES DOS TRIBUNAIS. 99

Hélio Rubens Pinho Pereira

- JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA QUESTÃO
JURÍDICA CONTEMPORÂNEA 117

José Godofredo Pires dos Santos

FUNDAMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E APONTAMENTOS CRÍTICOS DA SUA IMPLEMENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO <i>Laércio Dias Franco Neto</i> <i>Lauro Francisco da Silva Freitas Junior</i>	133
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: REFLEXÕES INICIAIS <i>Luana Rochelly Miranda Lima Pereira</i>	145
O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA SEGUNDO A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS <i>Manoel Maurício Ramos Neto</i> <i>Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro</i> <i>Evandro de Aguiar Ribeiro</i>	163
O PERFIL DAS CASAS PENAIS NO ESTADO DO PARÁ COM ÊNFASE NA CAPACIDADE, OCUPAÇÃO, OFERTA DE EDUCAÇÃO E TRABALHO. <i>Marilze Ribeiro Bitar</i> <i>Alexandre Manuel Lopes Rodrigues</i>	183
DEMOCRACIA, CIDADANIA E ÉTICA <i>Paulo Mauricio Sales Cardoso</i>	211
PROTEÇÃO INTEGRAL E A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS AO ATENDIMENTO DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI E DEPENDENTES DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS <i>Priscilla Tereza de Araújo Costa Moreira</i>	233
REFLEXÕES SOBRE A LEI 13.146, A CONCEPÇÃO DE DEFICIÊNCIA E CAPACIDADE LEGAL, E OS INSTITUTOS DA CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA <i>Waldir Macieira da Costa Filho</i>	251

PARECERES

MATÉRIA ELEITORAL - CONSULTA - INTERPRETAÇÃO DO 273
ART. 36-A DA LEI Nº 9.504/97.

Bruno Araújo Soares Valente

RETIFICAÇÃO - REGISTRO DE NASCIMENTO - ADOÇÃO 283
(ESCRITURA PÚBLICA)

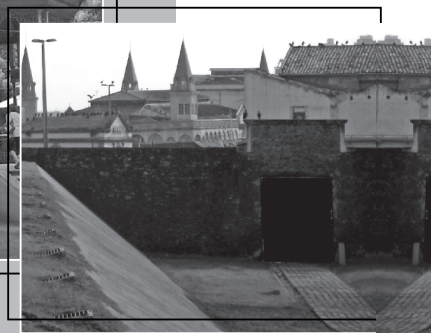
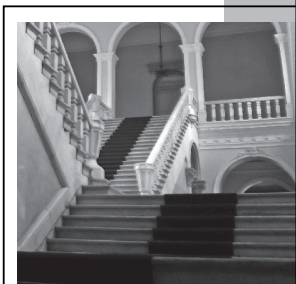
João Gualberto dos Santos Silva

ENTREVISTA

DOUGLAS FISCHER 295

SUGESTÕES DE LEITURA 309

Artigos



O DEVER DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: REFLEXÕES SOBRE ADOÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PARA REPARAÇÃO AMBIENTAL NO CONTEXTO AMAZÔNICO

ADRIANA PASSOS FERREIRA¹

RESUMO: A Constituição Federal do Brasil de 1988, deu guarida em seu art. 225 ao reconhecimento da proteção ao meio ambiente como direito fundamental e a legislação infra-constitucional Lei 6.938/81 conceitua o meio-ambiente evocando as condições necessárias para garantia da vida em sintonia com o direito ambiental. O Ministério Público tem relevante função na proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo assumir a defesa dessa importante causa com adoção de todas as cautelas normativas, técnicas, administrativas e processuais para garantir a efetividade de seus instrumentos de atuação em matéria ambiental. Apropriar-se do contexto histórico da ocupação da Amazônia e contextualizá-la na “sociedade de risco” torna-se fundamental para que atuação estatal de proteção seja efetiva, posto que suas ações devem considerar aspectos de ordem sócio-econômica-ambiental, para que os instrumentos de atuação sejam exitosos. É necessário que os órgãos de execução do Ministério Público aperfeiçoem os termos de ajustamento de conduta ambiental, para que de fato se prestem a efetiva prevenção ou reparação do dano ambiental, homogeneizando e sistematizando ações para serem albergadas na formalização dos ajustamentos de conduta, com vistas ao fortalecimento da unidade ministerial.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção ambiental; Sociedade de risco; Dano; Ministério Público; Termo de Ajustamento de Conduta.

SUMÁRIO: 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2 O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E O DEVER DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. 3 CONTEXTUALIZAÇÃO DA SOCIEDADE DE RISCO E DESENVOLVIMENTO ECONOMICO DA AMAZÔNIA. 4 A REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL. 5 REFLEXÕES SOBRE O TAC AMBIENTAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. Especialista em Direito Administrativo, UFPA. Mestre- Direito Ambiental e Políticas Públicas – UNIFAP.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, atribuiu ao poder público e a sociedade o dever de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, vinculando-os ao compromisso com a estabilização e prevenção do quadro de risco e degradação ecológica, contemplando a moderna Teoria Constitucional, que avança para sedimentação de um Estado Sócio-Ambiental de Direito, a partir do qual não se concebe mais a segregação de direitos fundamentais em categorias, pois eles se correlacionam e se complementam, de modo a legitimar o direito ao meio ambiente sadio e de qualidade como direito fundamental necessário para viabilizar a saúde, vida, moradia, etc.

Na moderna concepção de Estado Socioambiental de Direito a dignidade da pessoa humana também é princípio fundamental, mas não exclusivo, posto que associado a outros direitos e deveres fundamentais relacionados à dignidade, permitem que sejam opostos em face do Estado e do particular e juntos tutelam a condição humana contra qualquer violação.

Para Canotilho (1998, p. 44) o Estado Ambiental traduz-se em duas dimensões jurídicas-políticas relevantes: a) a obrigação do Estado, em cooperação com outros Estados e cidadãos ou grupos da sociedade civil, de promover políticas públicas (econômicas, educativas, de ordenamento) pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica; e b) o dever de adoção de comportamentos públicos e privados amigos do ambiente de forma a dar expressão concreta à assunção da responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras.

Assim, Constituição Federal de 1988 atribuiu à proteção ambiental status de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, além de consagrar a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Sócio Ambiental – de direito brasileiro. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 91)

Com efeito, a norma constitucional reconheceu que o quadro de destruição ambiental põe em risco a própria existência humana, bem como que o pressuposto para uma vida digna depende do equilíbrio ambiental para resguardar a sadia qualidade de vida, que deve ser protegida pelo poder público e pela sociedade.

Dois são, portanto, os prismas basilares da tutela constitucional ambiental, o primeiro que reconhece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental e o segundo que reconhece o dever de proteção ambiental, também como direito fundamental voltados para assegurar a sadia qualidade de vida.

Paulo Leme Machado (2013, p.157-158), ao comentar o dispositivo constitucional destaca que “os constituintes engajam os três Poderes de República na missão de preservação e defesa do meio ambiente, agindo eles com interdependência e harmonia recíproca” e vai além ao enaltecer a inserção da coletividade no dever de proteção

ambiental concluindo que “descumprem a constituição tanto poder público como a coletividade quando permitem ou possibilitam o desequilíbrio do meio-ambiente.”

Assim, o dever de proteção ambiental transcende a figura do homem como sujeito de direitos e aporta na totalidade das vidas do ecossistema, na busca do tão desejado equilíbrio ambiental, exigindo do poder público e da coletividade um agir atento, proativo e vigilante para assegurar que as presentes e futuras gerações possam usufruir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Destarte, em sua atuação, à luz do princípio da precaução, o Estado deve atuar de modo a evitar os riscos, considerando que a proteção ambiental é um dever, neste sentido, caso não implementem ações “amigas do ambiente”, o Estado-Juiz pode ser acionado para corrigir violações, bem como o Ministério Público em sua atuação extrajudicial tem o dever de implementar medidas legais, que assegurem efetivamente a tutela ambiental deste direito fundamental.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E O DEVER DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

O Ministério Público, conforme dispositivo constitucional (art. 127, *caput*), tem missão importantíssima de atuar na defesa da ordem democrática e dos direitos da coletividade e, hoje, seu reconhecimento é inconteste na defesa dos direitos fundamentais, dentre eles o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida, ressaltando que sua atuação não se restringe a fiscalizar o cumprimento da lei, mas tem o dever de torná-la efetiva dentro do Estado Sócio Ambiental de Direito.

Luciana Ribeiro Lepri Moreira (2004, p.46), ao tratar da legitimação do Ministério Público para atuar na área ambiental de pronto reconhece as dificuldades diante da complexidade das atribuições ministeriais e anota:

A função em suma, de fiscal da lei e defensor da sociedade é extensa, complexa e relevante, somente equiparável a vastidão das responsabilidades que pesam sobre os ombros dos representantes do Ministério Público, encarregado de promover e realizar – o que não é fácil e não pode prescindir de vocação e sacrifícios – vasta missão que simplesmente se escreve, com poucas palavras nos frios dispositivos legais [...] Tal mister encerra não só a obrigação do representante do Ministério Público nos processos judiciais, como fora deles, em assuntos administrativos. Razão pela qual seus representantes tem que ser dinâmicos, estando sempre prontos para intervir onde quer que haja violação. (MOREIRA, 2004, p.46)

Com enfoque em sua atuação na área ambiental é imperioso reconhecer que a interdisciplinaridade própria do Direito Ambiental, diante da convergência de diversas áreas do conhecimento, demanda a busca de um constante aperfeiçoamento e o reconhecimento de que a carência ou rejeição de suporte técnico e normativo pode conduzir a ineficácia no manejo dos instrumentos de atuação.

Assim, o Ministério Público tem relevante função na proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo assumir a defesa dessa importante causa com adoção de todas as cautelas normativas, técnicas, administrativas e processuais para garantir a efetividade de seus instrumentos de atuação em matéria ambiental, eis que segundo o Ministro Sálvio Teixeira (2000, p. 15) “a degradação ambiental coloca em risco direto a vida e a saúde das pessoas, individual e coletivamente consideradas, bem como a própria perpetuação da espécie humana”.

Grau (2003, p. 313) ensina bem que é preciso muito mais para realizar-se a Justiça do que a análise fria da Lei:

Aplicar o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual é inscrito é auto-suficiente, que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade [...]. Preceito imediatamente aplicável vincula, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Poder Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação.

Ainda, Piovesan (1997, p. 64) assevera que a norma do art. 5º § 1º da Constituição Federal impõe:

[...] aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Este princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. (PIOVESAN, 1997, p. 64).

Isso, sem contar que na “aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum”, o que deve ser levado em consideração na atuação do Ministério Público. (BRASIL, 1942, Art. 5º).

Mais do que um operador do direito restrito as ementas disciplinares da academia, a dinâmica ambiental exige do Promotor de Justiça a busca incessante de adequação de aspectos normativos e técnicos interdisciplinares com a justiça social, posto que muitas soluções para questões ambientais não estão dispostas nos manuais jurídicos ou na legislação vigente e emergem diante de casos concretos sem precedentes, exigindo perspicácia para adotar o instrumento de atuação mais eficaz sob a ótica da lei, técnica e da justiça social.

Neste viés torna-se imperioso refletir a atuação ministerial a partir do amálgama do Estado Sócio Ambiental de Direito e sociedade de risco, que demanda um agir cada vez mais integrado, não só do campo de vista institucional, mas também de persecução da participação social, posto que sucumbir a esta visão trará modificações estruturais na forma como os instrumentos jurídicos de atuação são concebidos, definidos e implementados pelo Estado, com a consciência de trata-se de um direito fundamental, cuja tutela é fundamental para sobrevivência das presentes e futuras gerações.

José Morato Leite e Patryck Ayala (2011, p.35-38) afirmam que:

o fortalecimento do status material do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nas legislações infraconstitucionais, os infortúnios ambientais crescentes oriundos de uma sociedade de risco, e a Ecologização do Direito demandam uma transformação emergencial do papel do Estado

Assim é necessário fincar alicerces que sustentem a concepção do Estado Sócio Ambiental de Direito, cujo objetivo maior é a busca de harmonização entre os elementos jurídicos sociais e políticos na busca de uma condição ambiental capaz de equilibrar os ecossistemas e, conseqüentemente, garantir a plena satisfação da dignidade para além do ser humano.

Para Canotilho (2004), são três os pressupostos essenciais para edificação do Estado de Direito Ambiental: 1) adoção de uma concepção integrada do meio ambiente; 2) a institucionalização dos deveres fundamentais ambientais e; 3) o agir integrativo da administração.

Com base nos aspectos estruturantes do Estado Socioambiental de Direito traçou-se um recorte para analisar a atuação do Ministério Público Estadual, integrante do Poder Público, sob a perspectiva do dever fundamental de proteção ambiental e da coerência de seus instrumentos de atuação ambiental.

Observa-se, assim, que sem lançar mão de sua independência funcional, o membro do ministério público deve adequar sua atuação na busca da efetiva reparação ambiental. Neste contexto importante consideração é registrada por Rodrigues (2010, p. 62), quando afirma:

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

[...] é forçoso reconhecer que é difícil trilhar o equilibrado caminho da atuação séria e consistente sem sucumbir aos holofote da mídia, ao personalíssimo exarcebado, ao messianismo pueril. Por isso precisamos superar, dentro do possível, as referências pessoais e construir uma instituição com rotinas e normas que propiciem o efetivo exercício das relevantíssimas atribuições constitucionais, sempre dentro do princípio da proporcionalidade e razoabilidades e, observando constante diálogo, quando possível com os demais atores políticos. (RODRIGUES, 2010, p. 62)

Não se trata de questionar o princípio constitucional da independência funcional do membro do Ministério Público, que assegura aos seus membros atuação de acordo com sua convicção diante do caso concreto, mas de buscar conciliá-la com o princípio da unidade, para traçar ações institucionais sistematizadas na busca do fortalecimento desta unidade e, havendo conflito entre princípios deve haver ponderação diante do caso concreto para fins de definição de qual deles deve prevalecer (ALEXY, 2008), de modo que os instrumentos de atuação sejam aperfeiçoados sob a ótica da unidade institucional.

A homogeneização de atuação das ações ministeriais, como bem observado por Fernando Akaoui (2010, p.124), não implica mitigação do princípio da independência funcional dos Membros do Ministério Público, ressaltando o autor que “atuação deve ser responsável, de sorte a não permitir que o degradador ou aquele que permite a existência do risco do dano deixe de cumprir suas obrigações legais, agora estampadas no compromisso de ajustamento de conduta.”

E arremata o autor, que:

a atuação do Ministério Público em desacordo com o desiderato legal gera verdadeiro desconforto a toda classe, pois pode ser questionada pela própria coletividade, notadamente por meio das organizações não governamentais, quanto à sua atuação equivocada, deixa um argumento nas mãos dos degradadores no sentido de que estão sendo tratado com desigualdade por um e outro órgão da instituição.

Portanto, de maneira contributiva, sem a pretensão de esgotar as reflexões sobre a temática, o dever de proteção ambiental, ora focado no Ministério Público, demanda o reconhecimento de que seus membros devem traçar sua atuação na área ambiental pautados nos três elementos de edificação do Estado Sócio Ambiental de Direito, citados por Canotilho (2004), quais sejam adoção de uma concepção integrada do meio ambiente; a institucionalização dos deveres fundamentais ambientais e o agir integrativo da administração, como corolário para fortalecer seus instrumentos de atuação, firmando a unidade institucional por meio de ações sistematizadas.

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

3 CONTEXTUALIZAÇÃO DA SOCIEDADE DE RISCO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DA AMAZÔNIA

Ao longo da história a ação humana tem sido o principal degradador da natureza, deixando “pegadas” que hoje põe em risco a própria sobrevivência da espécie humana e, é nesse eixo, que reside à crise ambiental, pois as técnicas humanas que deveriam estar voltadas para seu bem estar estão na verdade se voltando para destruição do próprio homem, o que caracteriza a “sociedade de risco”. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 28)

Deste modo não mais se concebe a separação entre homem e natureza, pois é inadmissível pensar o homem sem relacioná-lo ao meio ambiental em que vive, sendo necessário fincar valores éticos desta relação.

Hoje não se concebe mais a dissociação entre natureza e sociedade, neste sentido ULRICH BECK (2011, p.98) pondera que a destruição da natureza, integrada à circulação universal de produção industrial, deixam de ser “meras” destruições da natureza e passam a ser elementos constitutivos da dinâmica social, econômica e política, destacando que:

o imprevisto efeito colateral da socialização da natureza é a socialização das destruições e ameaças incidentes sobre a natureza, sua transformação em contradições e conflitos econômicos, sociais e políticos: danos às condições da vida convertem-se em ameaças globais para as pessoas em termos medicinais, sociais e econômicos – com desafios inteiramente novos para as instituições sociais e políticas da altamente industrializada sociedade global.

Neste cenário, o surgimento da sociedade de risco é marcado pelas situações de perigo e dano produzidos pelo modelo econômico da sociedade industrial global, que irradiam efeitos nefastos ao bem estar social, demandando uma atuação do Estado, direito e sociedade que contemple suas peculiaridades, superando, assim, os sistemas de proteção tradicionais na busca de um modelo que reconheça que o risco é um dos maiores problemas a ser enfrentado, quando se objetiva uma efetiva proteção jurídica do meio ambiente e, especialmente a responsabilização e reparação do dano ambiental.

No contexto da sociedade de risco a base da organização econômica da Amazônia é até os dias atuais de exportadora de matéria prima e produtos semi-elaborados, marcada pela exploração da natureza e apropriação privada da terra pelo capital, a mercê de uma ação contundente do Estado Brasileiro. (LOUREIRO, 2009)

A ocupação do território amazônico desde sua origem é demarcada pela degradação da natureza com todos os reflexos oriundos do desrespeito aos direitos dos homens que lá habitavam, os quais suportaram todas as mazela sociais provenientes da

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

“agressividade” do capital, marcando o contraste da “miséria da região natural mais rica do planeta.” (LOUREIRO, 2009)

Em razão desta visão retrograda de “desenvolvimento” implementada pelo governo brasileiro a Amazônia, foi palco da implantação de grandes projetos econômicos, principalmente de extração mineral e exploração de recursos energéticos hídricos, os quais vieram acompanhados de graves danos ambientais, com a chancela de uma série de benesses concedidas pelos entes federativos, que gerou um grande passivo sócio-ambiental.

Em que pese o governo local atribuir aos países desenvolvidos as mazelas do modelo de organização econômica vigente até os dias atuais, é fato que dentro do contexto global, a omissão do Estado Brasileiro, diante da voracidade capitalista na Amazônia, contribuiu decisivamente para as consequências negativas deste modelo.

Em descompasso com o avanço dos empreendimentos e complexidade dos danos causados, verifica-se que os órgãos públicos competentes em zelar pela proteção do meio ambiente, ainda carecem de instrumentos mais eficazes para tutelar este bem jurídico vital para humanidade.

Com enfoque no dever de proteção ambiental e do modelo de desenvolvimento econômico da Amazônia, com mazelas inerentes da sociedade de risco, que o Estado – Poder Legislativo, Executivo, Judiciário, de todos os entes federativos, além das instituições estatais como a Defensoria Pública e Ministério Público – deve potencializar ao máximo a proteção ambiental no âmbito de sua atuação, buscando adequação permanente das medidas às situações que carecem de proteção, bem como uma especial responsabilidade de coerência na autorregulação estatal. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, 184).

Deste modo apropriar-se do contexto histórico da ocupação da Amazônia e contextualizá-la na “sociedade de risco” torna-se fundamental para que atuação estatal de proteção seja efetiva, posto que suas ações devem considerar aspectos de ordem sócio-econômica-ambiental, para que os instrumentos de atuação sejam exitosos.

4 A REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

A legislação ambiental pátria dispõe sobre uma série de instrumentos jurídicos hábeis a proteção ambiental, porém muitos não atingem sua finalidade em razão das amarras do sistema processual e burocracia administrativa, que emperram processos, enquanto o meio ambiente padece com a lesão, muitas das vezes irreversíveis, diante do lapso temporal transcorrido.

A contextualização do dano ambiental no contexto amazônico remete a reflexões sobre sua inserção no âmbito da sociedade de risco, marcada pelo contínuo crescimento econômico, ciente de que as consequências de seu modelo de industrialização pode, a qualquer momento, produzir catástrofes que repercutiram em todo o planeta e que os instrumentos jurídicos de proteção devem buscar a máxima efetividade do dever fundamental de proteção ambiental.

Assim, na perspectiva de que hoje repercussão do dano ambiental rompe limites geográficos, espaciais e temporais, evidencia-se a necessidade de melhor proteção ao lesado e, isto não difere no que concerne à responsabilização civil ao meio ambiente, pois segundo Leite e Ayala (2011, p.131) a ocorrência de dano ambiental é de difícil constatação, e as atividades danosas ao meio ambiente proliferam, de modo que o aumento da degradação serviu com o estímulo ao sistema de responsabilização objetiva para o dano ambiental.

Portanto, a formalização dos instrumentos jurídicos de proteção ambiental, dentre eles o termo de ajustamento de conduta, deve ser precedida de ações que viabilizem a participação da sociedade, para aferir qual a real dimensão socioambiental do impacto ambiental da atividade lesiva, para possibilitar que o poder público materialize nos instrumentos de proteção, normas que resultem em efetiva reparação ambiental, fortalecendo, assim, as bases do Estado Sócio-Ambiental de Direito, na busca da conformação dos riscos.

No ordenamento jurídico brasileiro a Constituição Federal em seu art. 225, § 3º dispôs que os infratores, que promoverem o dano ao meio ambiente serão sujeitos as sanções penais e administrativas, além da obrigação da reparação dos danos causados, neste mesmo sentido a Lei 6.938/1981, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, traçou em seu arcabouço normativo e imposição ao poluidor da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados.

Diante do dano ambiental, sob a égide da teoria da responsabilidade integral, deve ser sempre buscada a completa restauração do ecossistema, primando-se pela recuperação *in natura* da área degradada, com vistas a possibilitar à coletividade a fruição do bem ambiental perdido².

O fundamento para que a reparação do dano seja integral decorre do princípio do poluidor-pagador, atribuindo ao responsável pela degradação ambiental a internalização de todos os custos com prevenção e reparação do dano, de modo que todos os efeitos oriundos da atividade lesiva devem ser objeto de reparação para que esta possa ser

² Para fins do presente estudo utilizaremos as definições de recuperação e restauração hauridas da Lei 9.985/2000 – Snuc, nos termos de seu artigo segundo. Vejamos: Artigo 2º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] XIII – Recuperação: restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição natural; XIV – Restauração: restituição de um ecossistema ou de uma população degradada o mais próximo possível de sua condição natural.

considerada completa, devendo ser considerados tanto os aspectos materiais da degradação, quanto os extrapatrimoniais associados.

Para Leite:

[...] o dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante e, indiretamente a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis que refletem no macrobem. (LEITE, 2000, p. 108)

Diferente do sistema da responsabilidade civil tradicional do direito privado, cujo objetivo é a justa compensação pecuniária da vítima pelo dano sofrido, quando se trata de direito difuso e, especificamente do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a finalidade precípua é a prevenção do dano e este já tendo ocorrido, a sua recuperação, só então, em não sendo possível a recuperação é que terá lugar a condenação em dinheiro.

Portanto o mandamento constitucional para proteção do direito fundamental é a manutenção do meio ambiente equilibrado tanto para as presentes, quanto para as futuras gerações, sendo assim confirmada a responsabilidade civil pela prática de um dano ambiental, impõe-se a sua reparação integral.

Segundo Annelise Monteiro Steigleder a reparação:

deve ser a mais abrangente possível de acordo com o grau de desenvolvimento da ciência e da técnica, levando-se em conta fatores de singularidade dos bens ambientais atingidos, da impossibilidade de quantificar o preço da vida e, sobretudo, que a responsabilidade ambiental deve ter sentido pedagógico tanto para o poluidor como para a própria sociedade, de forma que todos possam aprender a respeitar o meio ambiente. (STEIGLEDER, 2004, p.74)

Identificado o dano ambiental, a primeira medida deve ser adoção de obrigações que façam cessar a conduta lesiva e, após, conceber medidas voltadas a restituição do bem lesado, priorizando o restabelecimento do ecossistema, neste sentido, Gaio afirma que:

a restauração ambiental não pode ser tergiversada pelo Poder Público, salvo nas hipóteses excepcionais em que há recomendação técnica dos órgãos públicos ambientais ou perícias judiciais de abstenção de novas intervenções no ambiente

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

degradado, ou, ainda, em situações de patente irreversibilidade do dano ambiental. (GAIO, 2011, p.04)

Para Sendim (1998, p.178) a restauração natural buscará a recuperação da capacidade funcional do ambiente degradado associada a uma determinada capacidade de aproveitamento humano do recurso natural e, o:

dano deve considerar-se ressarcido *in integrum* quando *in casu* o fim que norma violada proteja esteja de novo assegurado (ex: quando a água volte a ser salubre, quando o ar tenha a qualidade adequada, quando a paisagem deixe de estar comprometida ou quando o equilíbrio ecológico esteja restabelecido.

Com essas premissas considera-se como efetivamente reparado o dano ecológico, quando depois de tomadas todas as medidas necessárias à sua supressão, aquele deixa de existir.

Contudo, como afirma Leite (2000, p.219), uma vez sofrida a agressão pela natureza, não pode esta jamais ser totalmente recuperada do ponto de vista ecológico, assim, por exemplo, uma floresta que foi devastada e posteriormente replantada não terá as mesmas características de uma vegetação primária, por mais que se tente reproduzi-la.

No ordenamento jurídico brasileiro a reparação do bem ambiental, sob a ótica da reparação integral, pode ser solvida por meio da restauração natural, compensação ecológica e indenização, devendo estas últimas, em regra, serem utilizadas de modo subsidiário, nas hipóteses em que a restauração natural se apresenta tecnicamente inviável ou quando existe desproporção entre os custos da restauração e o benefício a ser obtido, quando equiparado as hipóteses de danos irreversíveis (SILVA, D., 2009, p.198.)

Para Maria Carmen Cavalcanti Almeida (2006), firmado o dano, o tomador do ajustamento de conduta deverá ter sempre como primeira escolha para reparação a restauração natural do bem degradado e, em não sendo possível, é que se adotará medidas que assegurem o resultado prático através da substituição do bem degradado por equivalente ecológico. Só então, não sendo possível uma das duas opções é que terá lugar a indenização pecuniária.

Deste modo quando a reparação *in natura* for impossível ou desproporcional, a satisfação da tutela ambiental exige a busca de soluções que impeçam a ausência total de reparação ou sua substituição automática para indenização pecuniária, neste cenário, destaca-se a compensação ecológica, que consiste em uma forma de restauração natural do dano ambiental que se volta para uma área distinta da degradada, tendo por objetivo assegurar a conservação de equivalentes ecológicos.

Destaca-se que, tanto a restauração natural quanto a compensação ecológica deverão ser precedidas um projeto técnico, que vislumbre todas as medidas necessárias R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

para a garantia da recuperação da capacidade funcional ecológica da área recuperada, para que assim possa ser assegurado o efeito prático das medidas compensatórias e, não haja seu desvirtuamento com adoção de medidas paliativas, que acabam legitimando a conduta lesiva.

Com foco na atuação ministerial, pode-se afirmar que embora haja uma hierarquização de soluções diante do dano ambiental, não existe obrigatoriedade de cumular obrigação de fazer ou não fazer com a indenização, em destaque as observações de Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder e Sílvia Cappelli, sobre a questão: A cumulação em todos os casos levaria o Ministério Público à difícil tarefa de quantificar o dano ambiental e, a partir daí, impor o adimplemento da obrigação pecuniária somada à obrigação de fazer, de reintegrar o meio ambiente ao seu estado de higidez anterior. Essa cumulação realizada sem critérios, ou sem que haja realmente justificativa fática ou jurídica, pode simplesmente inviabilizar a obtenção da sentença de procedência da ação, em virtude da ausência de profissionais experimentados à avaliação econômica, ou mesmo dificultar a celebração de compromisso de ajustamento, por representar uma contraprestação estatal incompatível com a natureza da lesão. Nesse sentido é que a doutrina enfatiza a opção pela obrigação de fazer, pois o que interessa ao Ministério Público, como veículo de concretização de uma demanda social, é a recondução do ambiente ao estado anterior, tanto quanto possível e, não, a opção pela composição isolada ou cumulada em todos os casos. (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, 200-)

Tendo o termo de ajustamento de conduta por objeto a mesma pretensão que seria contemplada se fosse proposta a ação civil pública, ou seja, o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, ou se não for possível, a condenação em dinheiro, dever ser observado pelo tomador do ajustamento a hierarquia das medidas de reparação, para assegurar a efetividade da tutela ambiental, devendo-se priorizar cláusulas voltadas para reconstituição da natureza, mas que podem ser cumuladas com outras obrigações, buscando-se atingir objetivo constitucional no que tange **reparação integral do dano ambiental**³.

5 REFLEXÕES SOBRE O TAC AMBIENTAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO

³ AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Responsabilidade Civil – Dano ambiental – Desmatamento da vegetação nativa – Cumulação de condenação à reparação pecuniária com obrigação de fazer consistente na recomposição *in natura* do meio ambiente degradado – Admissibilidade – Observância ao princípio da reparação *in integrum* do dano ambiental que determina a responsabilização para todos os efeitos decorrentes da conduta lesiva – Inteligência do art. 3º da Lei 7.347/1985 (STJ) – Resp 1.198.727/MG – 2ª T. – 14.08.2012 – v.u. – rel. Min. Hernan Benjamim – Dje 09.05.2013 – Área do Direito: Ambiental).

A dinâmica ambiental demanda uma atuação extrajudicial do membro do Ministério Público atual e eficiente, que reclama um novo perfil institucional, posto que diante da primazia do direito fundamental e a iminência da violação do direito a solução deve ser atual e efetiva para solver a crescente degradação ambiental no seio da sociedade de risco.

O agir imediato previne a eclosão de demandas judiciais futuras, por isso o Promotor de Justiça deve estar sempre vigilante para as questões ambientais. Geisa Arruda (p.73), chama atenção para uma “revolução silenciosa” que ocorreu no rol da atuação ministerial com as funções realizada fora do âmbito judicial enaltecendo que atuação extrajudicial muitas das vezes pode não culminar com a redação de peça judicial, mas se cristalizam em um intenso trabalho na busca da melhor solução para compor a violação de direitos, tais como: a coleta de termos de declarações, a realização de inspeções, as requisições de documentos e outras diligências.

Destaca autora que diante da multiplicidade e dinâmica das demandas, é preciso reconhecer que muitas vezes o *parquet* não sabe “o que fazer” diante da complexidade de algumas matérias, o que pode fazer o membro ministerial ter a tentação de “nada fazer”, já que em regra as ações extrajudiciais só ganham publicidade quando formatadas em procedimento próprio e como até pouco tempo não havia estímulo a valorização estatística da realização da atividade extrajudicial, acabava sendo premiado o membro que nada fazia em detrimento daquele, que ciente de suas atribuições enfrenta todos os desafios para resguardar o direito fundamental violado.

Conclui que “o não saber fazer”, não significa “imperícia profissional, mas uma deficiência na formação do membro do Ministério Público, posto que em sua essência sua formação e exigências curriculares para ingresso na carreira demandam um conhecimento do aparato processual, não havendo uma formação para o exercício das inúmeras atividades extrajudiciais, reconhecendo que apesar dos esforços empreendidos pelos centros de aperfeiçoamento ministeriais “ainda não conseguiram preencher esse hiato entre o novo perfil do membro do Ministério Público e os seus necessários conhecimentos.”

É certo que diante da ameaça ou ocorrência do dano ambiental, deve-se buscar prioritariamente a prevenção e reparação do dano, ocorre que sob o ímpeto de dar uma resposta célere à sociedade, nota-se a multiplicação de termos de ajustamento de conduta sem controle de resultados qualitativos, quanto à efetiva reparação do dano ambiental, o que tem ensejado vários estudos quem criticam sua adoção desmedida e propõe reflexões sobre seu aperfeiçoamento.

Anota Yoshida (2008) que:

[...] as medidas flexibilizadoras de uso excepcional e delimitado no tempo, que tendem a ser tomadas de forma generalizada e indiscriminada, acabam desqualificando o termo de compromisso celebrado pelos órgãos do Sisnama e incentivando a degradação ambiental, em detrimento da proteção preventiva da qualidade ambiental, do equilíbrio ecológico e do desenvolvimento sustentável. (YOSHIDA, 2008, p.54)

O relatório elaborado pelo Instituto “O Direito por um Planeta Verde” sob o título “Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental: Análises e Sugestões para aprimoramento”, concluiu que seria fundamental aprimorar a metodologia e avaliação dos TACS, para incorporar um exame de efetividade que levasse em conta dados qualitativos e de resultados. (INSTITUTO O DIREITO POR PLANETA UM VERDE, 2009, p 88)

A referida pesquisa concluiu que:

a falta de fiscalização, a falta de critérios, a falta de uniformidade, a falta de transparência, a adoção de meras soluções imediatistas, TACs mal celebrados (falhas formais ou uma falta de visão sobre o tema), têm gerado um sério risco para o próprio compromisso de ajustamento

No bojo da mesma pesquisa observou-se que ausência de critérios mínimos para valoração das multas e de estipulação da destinação para fins ambientais tem culminado em desvio de finalidade dos ajustamentos em razão da ausência de regulamentação quanto à destinação dos recursos.

Neste cenário destaca-se que os órgãos legitimados em propor o ajustamento de conduta ambiental, diante de carência de subsídios técnicos para propor a compensação por equivalente ecológico diante do dano irreversível, acabaram transformando as medidas compensatórias pecuniárias em regra, ora destinando as indenizações aos fundos, ora convertendo em ações voltadas para otimização da política local do meio ambiente tais como: aquisição de equipamentos para órgãos ambientais, recuperação de áreas públicas, custeios de projetos de educação ambiental e desenvolvimento sustentável dentre outros.

Curvando-se a necessidade de aperfeiçoamento dos instrumentos de atuação, diante das críticas em relação ao termo de ajustamento de conduta, nota-se um avanço nas discussões em âmbito nacional nos Ministérios Públicos, tanto que ABRAMPA por meio do ATO Nº. 001/2003, que criou a comissão de associados, que teve como atribuição “colher propostas e apresentar sugestões ao Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça sobre a possibilidade de regulamentação dos Termos de Ajustamento de Conduta, e, *especialmente, sobre os limites e a adequação das medidas compensatórias*”, concluindo:

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

[...]

9. O compromisso de ajustamento de conduta deve ter **como prioridade a restauração natural do dano**, que deve ser feita, em primeiro lugar, no próprio lugar da degradação ambiental.

Justificativa: Segundo a dicção legal o compromisso de ajustamento de conduta deve obter o cumprimento das exigências legais por quem já degradou o meio ambiente ou está em vias de fazê-lo. Assim, sempre que seja possível, o Ministério Público deve priorizar a reparação do dano ecológico com medidas que importem em sua total restauração, no lugar em que a degradação ocorreu.

10. Sendo constatada a impossibilidade da restauração no próprio local do dano, pode haver a **compensação ambiental por equivalente ecológico**, em que o objetivo é a recuperação da capacidade funcional do ecossistema lesado.

Justificativa: Em não sendo possível a reparação integral do dano ambiental na região impactada, a segunda alternativa deve ser a definição de cláusulas de compensação do dano, que revertam também diretamente em favor do patrimônio natural afetado.

11. A caracterização da impossibilidade da restauração no local do dano será aferida a partir dos seguintes critérios:

- a) da proporcionalidade entre o custo de implementação do projeto de recuperação ambiental e os benefícios que trará ao ecossistema;
- b) a capacidade econômica do responsável;
- c) a relação custo benefício social do empreendimento que resultou no dano ambiental;
- d) vantagens e desvantagens do retorno ao status quo ante, à luz do caso concreto. Justificativa: É muito importante que a constatação da impossibilidade de se atender a prioridade de recuperação do dano ambiental no local lesado ocorra a partir da definição de critérios mais seguros, como os propostos, que aplicados ao caso concreto permitirão que se identifique as situações em que realmente se tenha que adotar medidas compensatórias à reparação do dano ambiental. (INSTITUTO O DIREITO POR PLANETA UM VERDE, 2009).

Neste cenário, torna-se necessário que os órgãos de execução do Ministério Público aperfeiçoem os termos de ajustamento de conduta ambiental, para que de fato R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

se prestem a efetiva prevenção ou reparação do dano ambiental, homogeneizando e sistematizando ações para serem albergadas na formalização dos ajustamentos de conduta, com vistas ao fortalecimento da unidade ministerial.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reconhecer que as bases do sistema capitalista na Amazônia estão consubstanciadas na sociedade de risco, marcada pelo descompasso entre forças produtivas do modelo industrial e utilização desenfreada dos recursos ambientais na era da globalização, onde nem as fronteiras, nem os danos ambientais são delimitados, é essencial para construção e fortalecimento do Estado Sócio Ambiental de Direito, como antídoto para combater a “crise ambiental”, devendo ser potencializada ações locais dos órgãos públicos estatais e da coletividade para assegurar que as presentes e futuras gerações possam usufruir do direito fundamental à sadia qualidade de vida e meio ambiente ecologicamente sustentável, tal como assegurado na Constituição Federal e normas internacionais.

O termo de ajustamento de conduta firmado pelo Ministério Público é importante instrumento para efetivar a proteção ambiental, mas é necessário seu aperfeiçoamento com adoção de cláusulas que prioritariamente resguardem a restauração ambiental ou a compensação ecológica. Para tanto, é necessário ser firmado sempre com aporte nos subsídios de equipe técnica interdisciplinar e diálogo com a sociedade, com adoção de uma concepção integrada do meio ambiente, institucionalização dos deveres fundamentais ambientais e o agir integrativo dos órgãos de execução, como corolário para fortalecer seus instrumentos de atuação, firmando a unidade institucional.

THE DUTY OF ENVIRONMENTAL PROTECTION AND THE ROLE OF PUBLIC MINISTRY: REFLECTION ABOUT THE USE OF THE TERM OF ADJUSTMENT CONDUCT FOR AMBIENT REPAIR IN THE AMAZONIC CONTEXT

ABSTRACT: The 1988 Federal Constitution of Brazil in his art. 225 recognized environmental protection as a fundamental right. The infra-constitutional legislation Law 6.938 / 81 defines the environment evoking the necessary conditions to guarantee life according to the environmental laws. The Public Ministry has an important role in protecting the fundamental right of an ecologically balanced environment, and should assume the defense of this important cause with adoption of all the regulatory, technical, administrative and procedural safeguards to ensure the effectiveness of its instruments

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

of action . It is fundamental to appropriate the historical context of Amazon occupation and to contextualize it in the “risk society” for this state performance protection to be effective ; the prosecutor’s actions should consider aspects of socio-economic-environmental for the performance instruments to be successful. The prosecution enforcement agencies should refine the terms of environmental conduct adjustment, so that, in fact, prevent or repair environmental damage, homogenizing and systematizing actions to be used in the formalization of conduct adjustments, with a view strengthening the ministerial unit.

KEYWORDS: Environmental Protection. Risk society; Damage. Public Ministry; Prosecutors. Conduct adjustment Term.

REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.

_____. *O que é Globalização?* São Paulo: Paz e terra, 1999.

BECKER, Bertha K. Amazônia: mudanças estruturais e tendências na passagem do milênio. In: MENDES, Armando Dias. *Amazônia, terra e civilização: uma trajetória de 60 anos*. 2. ed. Belém: Banco da Amazônia, 2004. p. 115-140.

CANOTILHO, José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1998. (Cadernos Democráticos n. 7).

_____. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helini Sivini; LEITE, José Rubens Morato. *Estudo de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2004.

CARVALHO, Déltom Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a.

FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAIO, Alexandre. *A presunção do dever de cumulação das obrigações de reconstituição do bem lesado e de indenização ou compensação ecológica no dano ambiental*. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2011.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

INSTITUTO O DIREITO POR PLANETA UM VERDE. *Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para o aprimoramento*. São Paulo: [s.n], 2009.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial; Teoria e prática*. 4a ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. *Amazônia no século XXI: novas formas de desenvolvimento*. São Paulo: Empório do Livro, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Silvia. *Possibilidade de cumulação de obrigação de fazer ou não fazer com indenização nas ações civis públicas para reparação de danos ambientais*. Ministério Público do Estado Rio Grande do Sul. [200-]. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Ambiental*. v.47, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, Luciana Ribeiro Lepri. *Direito ambiental: legitimidade e atuação do Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: (estudo sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente/ Ingo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SENDIM, José de Souza Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através da restauração natural*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

SERRA, Tatiana Barreto. Tutela inibitória Coletiva face ao risco ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, v. 66, abr. 2012.

SILVA. Danny Monteiro da. *Dano ambiental e sua reparação*. Curitiba. Juruá, 2009.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Jurisdição e competência em matéria ambiental. In: *Leituras complementares de direito ambiental*. Bahia: Edições Podium, 2008.

TRABALHO INFANTO-JUVENIL NAS VIAS PÚBLICAS DE BELÉM/PA E ANANINDEUA/PA¹

AMANDA MARTINS CHAVES²

BRENDA ROCHA CARAMÊS³

DIEGO MONTEIRO PINHEIRO⁴

RESUMO: O presente artigo objetiva apresentar a atuação dos órgãos públicos incumbidos da função de combater a exploração do trabalho infantil-juvenil, nas cidades de Belém/PA e Ananindeua/PA, utilizando-se, para tanto, os dados obtidos nas diversas esferas de atendimento à criança e ao adolescente em situação de risco, desde a intervenção da Companhia Assistencial da Polícia Militar (CIEPAS) e entrega ao Conselho Tutelar até a prestação da tutela jurisdicional. Serão estudadas as intervenções da Polícia Militar, dos Conselho Tutelar, do Ministério Público (Ministério Público do Estado e Ministério Público do Trabalho) e do Juizado de Infância e Juventude. O método de abordagem é o procedimental.

PALAVRAS-CHAVE: Belém. Trabalho Infantil. Exploração. Direito Tutelar do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

1.1 Aspectos históricos sobre o Trabalho Infantil e a tutela jurídica

O trabalho infantil não é um acontecimento recente. O Código de Hamurabi, há mais de 2 mil anos antes de Cristo, já registrava normas de proteção ao menor que trabalhava como aprendiz⁵. Na Antiguidade Clássica, notadamente na sociedade escravocrata grega e romana, a propriedade do senhor de escravos estendia-se aos filhos destes, os quais tinham que, igualmente, prestar serviços ao dono.

¹ Artigo elaborado como instrumento avaliativo da disciplina de Direito do Trabalho I, ministrada pelo Profº João Daniel Daibes Resque do curso de Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA)

² Estagiária da 3ª Vara Criminal da Justiça Federal da 1ª Região e discente regularmente matriculada, sob a matrícula de nº **201306140179**, no 6º período do curso Bach. em Direito da Universidade Federal do Pará <amandachaves.ufpa@gmail.com>

³ Estagiária da 10ª Promotoria de Justiça e Família do Ministério Público do Pará e discente regularmente matriculada, sob a matrícula de nº **201106140130**, no 6º período do curso Bach. em Direito da Universidade Federal do Pará <caramesbrenda@gmail.com>

⁴ Policial Militar do Estado do Pará e discente regularmente matriculado, sob a matrícula de nº **201206140072**, no 6º período do curso Bach. em Direito da Universidade Federal do Pará <dimp369@hotmail.com>

⁵ LIMA, Débora Arruda Queiroz. **Evolução histórica do trabalho da criança**. Jus Navegandi. Publicado em 2008. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/11021/evolucao-historica-do-trabalho-da-crianca>> Acesso em 26/07/2015, às 16:20.

Entretanto, a primeira Revolução Industrial (seguida das demais), é um momento crucial para o agravamento da exploração da mão-de-obra infantil, uma vez que essa exploração passa a ser entendida como ferramenta necessária à maximização da produção capitalista.

O filme “Daens – Um grito de Justiça”⁶ retrata a organização fabril da Europa do século XIX, onde crianças – e mulheres – trabalhavam em condições subumanas, compondo quase todo o quadro operário, recebendo salários ínfimos e sujeitas a acidentes de trabalho que resultavam, muitas vezes, em morte, além de sofrerem violência sexual. Certamente, uma das cenas mais emblemáticas do drama é a que mostra uma menina, de aparentemente 09 ou 10 anos, grávida, e trabalhando exaustivamente em uma tecelagem da Bélgica.

Defende-se que o nascimento da legislação tutelar da criança e do adolescente ocorreu na Inglaterra. Esse país europeu não apenas foi protagonista da Revolução Industrial, como também palco dos primeiros movimentos sociais em prol dos direitos trabalhistas⁷.

A doutrina aponta como marco da proteção jurídica inglesa à criança, o Ato da Moral e da Saúde, de 1802, que reduziu a jornada de trabalho do menor para 12 horas, bem como proibiu o trabalho de crianças nas oficinas do campo.

Em 1919, a Lei *Cotton Mills Actes* limitou a idade mínima para o trabalho em 09 anos⁸. Em 1890, ocorreu a primeira Conferência Internacional do Trabalho, conhecida por “Conferência de Berlim”, e contou com a participação de treze países. Na ocasião, foi proposta a criação de um órgão internacional responsável pelo estudo e levantamento estatístico relativo ao trabalho. A partir daí, surgiram normas para restringir a utilização do labor infantil⁹.

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁰, em 1948, foi reconhecido pela primeira vez, no âmbito internacional, que a criança merece tratamento especial, nos termos do art. 25, item II da Declaração:

II - a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

⁶ CONINX, Stjin. **Daens – Um grito de justiça**. Bélgica, 1992. Duração: 138 minutos. Gênero: drama.

⁷ COSTA, Fábio Antônio. Resenha sobre Edward P. Thompson – **A formação da classe operária Inglesa. Leitura Obriga História**. Disponível em: <<http://leituraobrigahistoria.blogspot.com.br/2010/12/edward-p-thompson-formacao-da-classe.html>> Acessado em 25/07/2015, às 14:21 horas.

⁸ BARROS, Alice Monteiro De. **Curso de Direito do Trabalho** 7ª Edição. São Paulo: LTR, 2011. P. 517.

⁹ MORENA, Marcio. **O caráter universal do direito do trabalho**. Jusbrasil. 2014. Disponível em <http://marciomorena.jusbrasil.com.br/artigos/121944026/o-carater-universal-do-direito-do-trabalho?ref=topic_feed> Acesso em 25/07/2015, às 17:00.

¹⁰ DHNET. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm> Acesso em 26/07/2015, às 09:20 horas.

Entretanto, é somente em 1959, na Assembleia Geral da ONU, que surge um instrumento jurídico internacional específico para proteção da criança: a Declaração Universal dos Direitos da Criança, onde estabeleceu-se que:

[...]a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços a serem estabelecidos em lei e por outros meios, de modo que possa se desenvolver física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade¹¹.

Do mesmo modo, declarou-se no princípio IX da Carta de 1959, que:

Não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente; de nenhuma forma será levada a ou ser-lhe-á permitido empenhar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação ou que interfira em seu desenvolvimento físico, mental ou moral.

Desde então, reiterados pactos e convenções internacionais foram firmados. Em 1966, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, com destaque para o art. 24, item I, bem como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sublinhando-se o seu art. 10, item 3;

Em 1989, a Convenção Sobre os Direitos da Criança foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU, significando um marco jurídico na luta contra o trabalho infantil ao trazer inúmeros dispositivos versando sobre a proteção ao menor contra a exploração, assim também prevendo a criação de sanções para garantir o cumprimento das cláusulas da convenção.

Na seara da Organização Internacional de Trabalho - OIT, cumpre mencionar que, desde 1919, sucessivas convenções foram realizadas com o fito de tutelar a criança, tendo como foco o estabelecimento de uma idade mínima para ingresso no trabalho.

Em 1999, após os diversos debates travados no âmbito da OIT, surgiu a Convenção nº 182, que trata da “eliminação das dez piores formas de trabalho infantil”, mostrando-se, sobremaneira, o instrumento legal de referência universal, onde em apenas 05 cinco anos, mais de 90% dos 182 países vinculados à OIT aderiram ao pacto.

O diploma internacional listou como piores formas de trabalho infantil: a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, tais como a venda e tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; b) a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças

¹¹ JÚNIOR, Francisco Milton Araújo; MARANHÃO, Ney Stany Moraes. Considerações Sobre o Combate à Exploração Infantil: Bosquejo Histórico, Proteção Jurídica e Realidade Humana. In: **Criança, Adolescente, Trabalho**. Organizadores: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; NEVES, Marcos. São Paulo: LTr, 2010.

para a prostituição, a produção de pornografia ou atuações pornográficas; c) a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes, tais como definidos nos tratados internacionais pertinentes, e, d) o trabalho que, por sua natureza, ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças¹².

A história da exploração do trabalho infantil no nosso país também é vetusta, e remonta aos tempos de colonização, como assevera Irma Rizzini¹³:

As crianças pobres sempre trabalharam. Para quem? Para seus donos, no caso de crianças escravas da colônia e do império para os “capitalistas” do início da industrialização, como ocorreu com as crianças órfãs, abandonadas ou desvalidas a partir do final do século XIX; para os grandes proprietários de terras como boias – frias; nas unidades domésticas de produção artesanal ou agrícola; nas casas de família; e finalmente nas ruas, para manterem a si e as suas famílias.

No início século XX, as crianças brasileiras trabalhavam em fábricas e no comércio sob condições de total promiscuidade: lugares desprovidos da mínima segurança, escuros, úmidos, onde carregavam coisas demasiadamente pesadas, em um ritmo de trabalho que levava à extrema exaustão os pequenos raquíticos, já tão castigados pela falta de uma alimentação decente¹⁴.

Não obstante existia no Brasil, naquela época, várias leis versando sobre a proteção da criança, as normas consubstanciavam-se em mera formalidade, pois materialmente, não tinham efetividade.

Apenas no Pós-Primeira Guerra Mundial foi sendo construída, gradualmente, a consciência de que as crianças precisam de tratamento diferenciado e de proteção, certamente, tendo influência dos movimentos sociais que ocorriam em países europeus, bem como dos progressos científicos do período.

Finalmente, em 1932, o então presidente Getúlio Vargas editou o Decreto nº 22.042/1932, o qual estabelecia a idade mínima de 14 anos para ingresso no trabalho, proibia o trabalho de menores de 16 anos nas minas, além de exigir os seguintes documentos para a contratação de menores: a) certidão de idade; b) autorização dos pais ou responsáveis; c) atestado médico; d) prova de saber ler, escrever e contar¹⁵.

Em 1939, foram publicados os decretos de nº 1238 e de nº 2548, que dispunham sobre o direito da criança e do adolescente à profissionalização. No ano de 1941, foi

¹² Convenção 182 – OIT.

¹³ RIZZINI, Irma. Pequenos Trabalhadores do Brasil In. **História das Crianças no Brasil**. 7º Edição.

¹⁴ MARANHÃO, Délio; SÜSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 17ª ed. atual. até 30.4.97 por Arnaldo Süsekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1997, p. 977-978, v.2. Apud MAIA, Deodato. Documentos Parlamentares, 1919.

¹⁵ Revista do trt.

elaborado o decreto nº 3.616, que estabelecia limite de jornada de trabalho infanto-juvenil e, como destaque, instituiu a carteira de trabalho do menor. Com a promulgação da Constituição de 1988, foram consagrados, em seu art. 227, amplos direitos às crianças e sua devida proteção, como o direito à vida, à saúde, dignidade, educação, convivência familiar. Ao mesmo tempo, o texto constitucional impôs deveres à família e a Estado para que efetivassem tais direitos¹⁶.

No ano de 1990 foi publicado o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA¹⁷, a Lei nº 8.069, texto legal que converge as disposições trazidas pela Constituição democrática e consagra o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, especialmente, por disciplinar a proibição de qualquer tipo de trabalho ao menor de 14 anos, salvo na condição de aprendiz (art.60).

Ademais, o estatuto proclama a profissionalização do adolescente, assim também a vedação, ao aprendiz, de trabalho noturno, perigoso, em locais insalubres e em jornadas que impossibilitem a frequência à escola. Em 2000, foi introduzida a lei nº 10.097, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, de forma a adequá-la às novas diretrizes conclamadas pelo ECA. Desde então, ficou disciplinado o conceito de menoridade, para fins trabalhistas, como sendo a pessoas de idade entre 14 e 18 anos (art. 402)¹⁸.

Em outros termos, a partir 14 anos, a pessoa só pode exercer atividade profissional na condição de aprendiz, fora isso, qualquer trabalho é vedado. Por fim, a Convenção nº 182 da OIT foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 3.597 de 12 de setembro de 2000. Em homenagem ao art. 5º da Convenção, foi instituída a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil – CONAETI. O pacto propagou o conceito jurídico de “trabalho decente”, refletindo positivamente no enfrentamento ao trabalho infantil.

Voltando-se para a história do trabalho infantil na Amazônia, registra-se a narrativa do autor paraense Abguar Bastos sobre as experiências da sua infância em *Amazônia que Ninguém Sabe*, de 1932¹⁹. O cotidiano no período áureo da *belle époque* mostrava meninos trabalhando entre as fumaças das fábricas, desenvolvendo trabalho braçal pelos mercados da cidade, e, não raras vezes, acompanhados do próprio genitor, ou ainda, como aprendizes de famílias mais abastadas; conta-se que algumas crianças trabalhavam até de forma gratuita²⁰.

¹⁶ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

¹⁷ ECA.

¹⁸ CLT.

¹⁹ Em sua revisão, em 1934, ganhou o título definitivo: “Terra de Icamabiá”.

²⁰ FIGUEIREDO, A. M. Memórias da Infância na Amazônia. In: **História das Crianças no Brasil**. 7ª Edição. DEL PRIORI, Mary. Organizadora. Editora Contexto. São Paulo, 2010.

À época, era bastante difundida a concepção de que o filho de pobre precisava trabalhar, justificando-se que o trabalho enobrece a alma e protege contra a criminalidade, colocando a criança a salvo da ociosidade e seus “perigos”.

O Código do Menor de 1927 revela a atuação do Estado em relação aos menores de 18 anos daquele tempo, bem como era o instrumento jurídico que legitimava inúmeras práticas exploratórias sob o manto de “medidas de assistência e proteção”.

Ainda hoje, os pequenos belenenses são facilmente encontrados vendendo bombons nos sinais, nos pontos de ônibus; no Ver-o-Peso, empurrando carrinhos cheios de mercadoria, ou mesmos como “guias turísticos mirins”, debaixo do sol do meio-dia.

Isso sem falar da exploração que é cometida na penumbra, dentro da inviolabilidade dos lares, como o trabalho infantil doméstico. Eis uma trágica herança deixada pelo Brasil colonial: o costume de ir até municípios do interior para “adotar” meninas e meninos de famílias carentes para desenvolver trabalhos domésticos em troca de moradia e alimentação. Um pagamento insignificante face ao bem perdido na avença: a leveza da infância²¹.

O que mais chama a atenção é que essa exploração é, na maioria das vezes, ratificada pelos pais e responsáveis pela criança. Ocorre que, geralmente, essas crianças são de famílias muito pobres, e o trabalho mostra-se uma terrível necessidade para a subsistência da criança, ou mesmo para ajudar no sustento da família.

Optar por uma concepção de trabalho em detrimento da educação é optar pelo atraso. Entendemos que sucumbir ante à dificuldade do momento é renunciar a oportunidades no futuro. Mediante ao exposto, cabe uma análise de qual seria o papel do Direito, em especial do sistema de cooperação jurídica adotada pela política de erradicação do trabalho infantil no estado do Pará.

3 ATUAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR, DO CONSELHO TUTELAR, DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO JUIZADO DE INFÂNCIA E JUVENTUDE

Cabe registrar um pouco sobre os órgãos envolvidos no atendimento das crianças e adolescente em situação de risco, e qual seu mecanismo de atuação para, então, entendermos a lógica do sistema, desde a denúncia do fato até a prestação da tutela jurisdicional.

A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República - SDH/PR, através do Departamento de Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, é a quem compete buscar a solução para as denúncias e reclamações enviadas aquele órgão. Ela pode agir de ofício, atuando diretamente ou em conjunto com outros órgãos públicos e organizações da sociedade. O recebimento de denúncias por este departamento se

²¹ Disciplina BARROS (2011) Nas Regiões metropolitanas, em geral, predomina o emprego doméstico, executado por mulheres que também superam os homens em trabalhos em restaurantes e comércio de vestuário.

faz através do “DISQUE 100” podendo a denúncia ser anônima ou não, segundo a descrição contida no site da SDH/PR.

A nível estadual nós temos o Centro integrado de Operações (CIOP), órgão da Secretaria de Segurança Pública – SEGUP/PA que agrega todos os órgãos de segurança do Estado – Polícia Militar, Bombeiro Militar, Centro de Perícias, Detran, Polícia Civil e Superintendência do Sistema Penitenciário do Estado do Pará (SUSIPE).

As denúncias são feitas ao CIOP, através do número 190, e o órgão irá receber, classificar, e registrar as ligações recebidas em caráter de urgência e emergência, e, após, serão acionadas as equipes que irão atender a ocorrência registradas. O CIOP também monitora e gerencia as informações referentes aos atendimentos solicitados pelas chamadas²².

Denúncias envolvendo crianças e adolescentes em “situação de risco” são averiguadas pela Polícia Militar por meio de *uma unidade especializada no atendimento a crianças e adolescentes*. Esta unidade surgiu, sob a denominação de GEPAS, dentro do programa “SOS CRIANÇA”, mantido por entidades assistenciais e de defesa dos direitos da infância e juventude, juntamente com a Fundação do Bem-Estar Social do Pará (FBESP) e da República de EMAUS, e hoje é subordinada ao Comando de Policiamento Especializado – CPE, já sob a forma de Companhia Independente de Policiamento Assistencial - CIEPAS.

A CIEPAS é uma companhia desenvolvida para ser especializada no atendimento a adolescentes em conflito com a lei assim como crianças e adolescentes em situações de risco. É uma organização policial militar, que se distingue do policiamento convencional, servindo de apoio logístico e técnico no que tange a esse tipo de ocorrência, que por sua natureza necessita ser próprio, tendo em vista o Estatuto da Criança e do Adolescente.

No âmbito do Poder Judiciário Estadual, existe a Coordenadoria Estadual da Infância e da Juventude – CEIJ, órgão permanente de assessoria da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que entre as suas atribuições específicas elaborar sugestões para o aprimoramento da estrutura do Judiciário na área da infância e juventude e promover a articulação interna e externa da Justiça da Infância e da Juventude, principalmente envolvendo órgãos governamentais e não governamentais²³.

Além disso, existem Varas da Infância e da Juventude²⁴ que são responsáveis pela composição das lides envolvendo crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade. Primeiramente, as denúncias são encaminhadas pela Promotoria de Infância e Juventude

²² Disponível em : < <http://www.segup.pa.gov.br/?q=node/179> > Acesso no dia 28 de maio de 2015.

²³ Disponível em: < <http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Coordenadoria-Estadual-da-Infancia-e-da-Juventude---CEIJ/271-Apresentacao.xhtml> > Acesso no dia 28 de maio de 2015.

²⁴ Em Belém os Juizados de Infância e Juventude são compostos de quatro varas mais a Distrital de Icoaraci e em Ananindeua uma vara única. Há de se observar que em Belém a 1ª Vara de Infância e Juventude possui a competência protetiva. Disponível Em < .<http://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=36730> > Acesso no dia 28 de maio de 2015

ou Conselhos Tutelares, assim como os pedidos de medidas protetivas, que serão apreciados e deferidos pelo juiz, conforme o caso. Em algumas demandas, as Varas do Juizado de Infância e Juventude agem em parceria com Ministério público do Estado do Pará - MPE (Promotoria da Infância e Juventude) e com o Ministério Público do Trabalho - MPT, convergindo em uma atuação concertada dos órgãos afim de melhor tutelar os direitos da criança e do adolescente.

Ademais, os Juizados da Infância e da Juventude são responsáveis pelo projeto denominado “Agente de Proteção da Infância e Juventude”, membros do Poder Judiciário Estadual, servidores e cidadãos trabalham em prol do cumprimento dos instrumentos jurídicos para tutelar da criança e do adolescente, em especial, a Constituição e o ECA. Nesse projeto, são selecionados voluntários, que após um processo de qualificação, passam a atuar como Comissários de Justiça da Infância e da Juventude, cujas funções são de fiscalização, garantia e proteção dos direitos da criança e do adolescente. Verificada a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente, os Comissários devem proceder, à lavratura de auto de infração. Possuem, também, a atribuição de inspecionar entidades que atendem crianças e adolescentes, desenvolver trabalhos de prevenção, aconselhamento, orientação, entre outras funções descritas no Provimento nº 001/2004 – CRMB do TJPA.

Nos municípios temos os Conselhos Tutelares, órgãos cuja criação está prevista no art. 88 do ECA. Conforme previsão do Estatuto da criança e do Adolescente a criação de conselhos não é facultativa cabendo a todos os municípios criar e reger o funcionamento do referido órgão. Em Belém, os conselhos estão ligados ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente – COMDAC, órgão de natureza deliberativa que está vinculado administrativamente a Fundação Papa João XXIII – FUNPAPA. O COMDAC foi criado pela Lei 8.155 de 22.07.2002, que dispõe sobre a Política Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Atuação do Ministério Público. Muitas vezes, é difícil definir o que é atribuição do Ministério Público do Estado e o que é atribuição do Ministério Público do Trabalho, órgão federal. Na prática, a participação do MPE e do MPT quanto mais integrada, mais eficaz será a tarefa de erradicar o trabalho infanto-juvenil, orientando-se, inclusive, a atuação em conjunto para as seguintes atividades: expedir recomendações, instaurar inquérito civil, realizar audiências, realizar inspeção, propor ação civil pública, em litisconsórcio ativo (art. 5º, § 5º, da Lei nº 7.347/85; art. 210, § 1º do ECA). Nesse sentido, as linhas de atuação que competem ao Ministério Público, podem ser protagonizadas tanto por membros do MPE quanto por membros do MPT, pois aqui, suas atribuições são convergentes e complementares.

São linhas de atuação do Ministério Público: proteção, repressão, conscientização ou linha pedagógica. *A dimensão protetiva*, que consiste na retirada da criança do trabalho, e, ao mesmo tempo, providencia-se o seu retorno ou inserção na escola, e, ainda, a integração em programas sociais e profissionalizantes (após os 14 anos). A atuação

será *repressiva* em relação ao explorador, intermediário ou beneficiário do serviço, mediante a adoção de medidas judiciais objetivando a sua punição e responsabilização (administrativa, civil, trabalhista ou criminal). Na forma *pedagógica*, conforme prevê os artigos 70 a 73 do ECA, o Ministério Público age na realização de audiências públicas sobre o tema, participa de seminários e outros eventos, integra órgãos de defesa e promoção dos direitos da criança e do adolescente e promove campanhas educativas e de conscientização.

3.1 O atendimento

O procedimento a ser descrito é o do 190, número de emergência e atendimento ligado à SEGUP. Essa é a praxe dos atendimentos menos complexos, como crianças em sinais de trânsito, vendendo em barracas diversas, trabalhando como ambulantes, enfim trata-se, basicamente, do trabalho urbano em que não há a necessidade, por exemplo, de uma Operação envolvendo órgãos como Ministério Público.

Denúncia feita por cidadão comum. Ao ligar para o 190, a pessoa identifica-se e descreve a situação. Esta, por sua vez, é registrada, protocolada e encaminhada, de acordo com as peculiaridades, ao policiamento que está presente na rua. Uma viatura da CIEPAS é acionada os policiais são incumbidos de averiguar a denúncia. Cada ocorrência repassada ao CIOP gera um número de registro, o qual dará origem a um BOPM, que será feito pelos policiais que averiguaram a denúncia.

Vamos descrever o caso de L. G. N²⁵. Este adolescente estava em um sinal limpando para-brisas e pedindo dinheiro. A viatura 5607²⁶ da CIEPAS foi acionada e entrou em contato com o adolescente. Como de praxe, a CIEPAS dá seguimento ao atendimento encaminhando a vítima ao órgão que irá assisti-la, e neste caso foi o Conselho Tutelar II, da Cidade Nova²⁷.

No *Conselho Tutelar* ele foi recepcionado pela conselheira Denice Mendes, que nos descreveu como é feito o atendimento por este órgão após a entrega da criança ou do adolescente pela CIEPAS. Toda entrada recebe um protocolo. Neste caso, o BOPM que foi gerado pelo CIOP, é que vai gerar o protocolo do Conselho Tutelar, documento que irá possibilitar o acompanhamento do caso. Se, por exemplo, for do interesse do denunciante saber ocorrido após a denúncia, basta ele informar este número ou o nome da criança.

Ciente da denúncia, o Conselho Tutelar irá notificar²⁸ os pais ou o representante legal da criança ou adolescente, deverão comparecer ao Conselho Tutelar para tomar ciência, oficialmente, do ocorrido. Na oportunidade, serão advertidos dos demais procedimentos²⁹, inclusive da possibilidade de responder em Juízo, pela falta cometida.

²⁵ Anexo 1

²⁶ Anexo 2

²⁷ Anexo 3

²⁸ Anexo 4

²⁹ Anexo 5

Outrossim, são tomadas as providências sociais para ajudar a criança. No caso em tela, L. G. N. não tinha qualquer tipo de documentação, o que impedia que ele se matriculasse em uma escola regular. O Conselho Tutelar, então, age para providenciar os documentos (carteira de identidade, CPF, etc.) e a inserção desse adolescente em uma escola, assegurando-lhe, entre outros direitos, a educação.

Vale ressaltar que todo o procedimento de notificação, assinatura do termo de compromisso, é feito no Conselho com a ida do responsável ao referido órgão. Cabe ao Conselho Tutelar averiguar os fatores que levaram aquela criança ou adolescente a ser encontrada na situação de risco. Além de visitar a residência e verificar documentos, o conselheiro pode solicitar, se necessário, o apoio de assistentes sociais e psicólogos, os quais irão contribuir para uma melhor análise do caso.

Após esse trabalho, é elaborado um relatório, que é encaminhado para a Vara da Infância e Juventude responsável por aquela área. No caso exposto, é a 8ª Vara, responsável pelo município de Ananindeua/PA. O Conselho Tutelar é a porta de entrada na apuração dos casos de trabalho infantil. Ele é quem toma o primeiro passo na investigação e acolhimento da criança ou adolescente. Só depois, a demanda é encaminhada para a Delegacia do Adolescente (DATA), ou, ao Ministério Público do Estado ou Ministério Público do Trabalho e Juizado de Infância e Juventude. Há casos extremos onde se tem a necessidade de internação em abrigo, que deverá deve ser autorizada por um juiz.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Pará, infelizmente, lista os que são considerados os piores tipos de trabalho infantil, de acordo com o decreto nº 6481/2008, que regulamenta a Convenção nº 182 da OIT, ratificada pelo Brasil. Segundo a pesquisa feita Delegacia Regional de Trabalho do Pará, em 2003³⁰, foram encontradas crianças trabalhando em lixões, feiras livres, carvoarias, praças públicas, mercados municipais, orla fluvial, manguezal, agricultura, pesca e olarias.

Para Cristóvan Buarque³¹, a origem da exploração do trabalho infantil é, essencialmente, a pobreza, e trabalho infantil, é criança fora da escola. Assim também, existe um ideário social de que a educação é, sobretudo, um investimento econômico, e não cultural, o que resulta, lamentavelmente, na exclusão das crianças pobres a um ensino pleno e de qualidade. Por conseguinte, essas crianças, já marcadas pela miséria, acabam sendo duplamente escravizadas: pelo trabalho precoce e pela falta de ensino, pois

³⁰ UNICEF. **Ser criança na Amazônia: uma análise das condições de desenvolvimento infantil na região norte do Brasil**. Fundação Joaquim Nabuco: Belém, 2004.

³¹ BUARQUE, Cristovam. **Trabalho infantil: realidade e perspectivas**. In: Seminário Trabalho Infantil: realidade e perspectivas. Brasília: Revista do Superior Tribunal do Trabalho, 2015. P. 30-39.

sem tempo e sem recursos para ter acesso a uma educação digna, tornam-se reclusas dentro de si, cada vez mais distantes do que seria seu instrumento de libertação.

Somado a isso, o trabalho precoce da criança traz consequências danosas de ordem físico-biológica, emocional e social. No que tange ao *desenvolvimento físico-biológico*, este é afetado pelo trabalho precoce uma vez que expõe a criança a riscos e lesões, notadamente, porque o trabalho, não raro, exige esforço desproporcional às possibilidades de defesa do corpo da criança. O número de acidentes de trabalho envolvendo crianças é duas vezes superior ao de adultos. O *desenvolvimento emocional* é comprometido porque a criança submetida precocemente ao trabalho pode apresentar dificuldades para estabelecer laços afetivos em razão das condições de exploração, da humilhação dos patrões, dos maus-tratos. Por fim, fica prejudicado o *desenvolvimento social*, pois essas crianças e adolescentes acabam tendo que amadurecer de forma precoce, não acompanhando a fase vivida por outras pessoas da mesma idade, nem mesmo se socializando com esses grupos.

Diante da realidade de exploração do trabalho infantil em Belém, bem como dos efeitos degradantes causados por esse labor, insta salientar que o direito, e, em especial, o ramo do Direito Tutelar do Trabalho, formam o plexo de normas que é substancial à proteção, repressão e conscientização sobre essa temática. É preciso superar o mito de que o trabalho pode ser benéfico às crianças, na família e na sociedade. Por outro lado, apenas dizer “não” ao trabalho infantil não é suficiente; exige-se a projeção positiva do direito, que é o agir do Estado consubstanciado na implementação de políticas públicas de promoção à sustentabilidade socioeconômica das famílias e de suas respectivas crianças e adolescentes. Prevenir e erradicar formam o binômio chave para enfrentar essa grave violação de direitos humanos que é o trabalho infantil. Lugar de criança é na escola, sim!

CHILD LABOR ON PUBLIC ROADS OF BELÉM/ PA E ANANINDEUA / PA

ABSTRACT: This paper aims to present the activities of public bodies which function to combat the exploitation of child and youth work, in Belém / PA and Ananindeua / PA, using, therefore, the data in the various spheres of service to children and adolescents at risk, since the intervention of the assistance Company of the Military Police (CIEPAS) and delivery to the Guardianship Board to by courts . interventions will be studied military police , the Guardian Council , the Public Prosecutor (State Prosecutor's Office and the Ministry of Labor) and the Juvenile Court of Childhood and Youth . The method of approach is the procedural .

KEYWORDS: Belém . Child Labor. Exploration . Right Tutelary Work

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro De. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. LTR. São Paulo, 2011. p. 433-456.

BUARQUE, Cristovam. Trabalho infantil: realidade e perspectivas. In: *Seminário Trabalho Infantil: realidade e perspectivas*. Brasília: Revista do Superior Tribunal do Trabalho, 2015. p. 30-39.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 05 jul. 2015.

CONVENÇÃO 182 OIT. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/node/518> > Acesso em: 09 jul. 2015.

DECRETO No 3.597, DE 12 DE SETEMBRO DE 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3597.htm> Acesso em: 10 jul. 2015.

DINIZ, J. J. B. *Ministério Público do Trabalho. Ação Civil Pública; Ação Anulatória e Ação de Cumprimento*. Brasília: Consulex, 2004. p. 173-194.

DISQUE Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/disque-direitos-humanos/disque-direitos-humanos>> Acesso em: 28 maio 2015.

FIGUEIREDO, A. M. Memórias da Infância na Amazônia. In: *História das Crianças no Brasil*. 7. ed. DEL PRIORI, Mary . Organizadora. São Paulo: Contexto. 2010. p. 340.

MARQUES, R. D. e SILVA, R. D. da. Trabalho Infantil: Atualidades e perspectivas. In: *Estudos Aprofundados MPT*. Organizadores: Élisson Miessa e Henrique Correia. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2013. p. 819 -867.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 521- 524/ 674 – 696/ 723-733.

MARTINS, Sergio Pinto. *CLT Universitária*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RECOMENDAÇÃO 190 da OIT. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/infancia/documentos_internacionais/id119.htm> Acesso em: 09 jul. 2015.

RIZZINI, Irma. Pequenos trabalhadores do Brasil In: *História das Crianças no Brasil*. 7. ed. Organizadora: Mary Del Priori. São Paulo: Editora Contexto, 2010. p. 376 – 406.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Direitos trabalhistas das crianças, adolescentes e jovens*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

SOARES, M. C. da C. *A tutela do trabalho infanto-juvenil*. Jornal Trabalhista. Brasília: Consulex, 12 ago. 2002, 19, 927, p. 05-07.

SEGUP – Disque 100. Disponível em: < <http://www.segup.pa.gov.br/?q=node/179>>
Acesso em: 28 maio 2015.

UNICEF. *Ser criança na Amazônia: uma análise das condições de desenvolvimento infantil na região norte do Brasil*. Belém: Fundação Joaquim Nabuco, 2004.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro*. Revista Superior do Trabalho. Brasília, jan./ mar. 2013. v. 79, n. 1, p. 38-54.

ANEXOS

Anexo 1 – Anverso do Boletim de Ocorrência Policial (BOPM)

BOLETIM DE OCORRÊNCIA DA PMPA		Nº 323888 A
	Polícia Militar do Pará	Missão Nº
VTR 5604	205.305794	3238888A
BOPM Nº		
3238888A		

Do Acolhimento da Ocorrência

☒ Ato Preventivo ☐ PMPA ☐ CIOF ☐ Instituição ☐ Cidade

Nº registro: _____ Identificação: _____

Do Fato

Data de Início: 25/05/15 Hora: 10:30
 Descrição: TEAPALHO FALETO - FURTO (SITUAÇÃO DE RISCO)
 Endereço: BP SIG - VIA PÚBLICA
 Perímetro: PROXIMO A LIDEA
 Município/Distrito: ARUANIADELA Bairro: GUANABARA
 Visibilidade: ☒ Sem Iluminada ☐ Hal Iluminada ☐ Não Iluminada
 Tempo: ☒ Som ☐ Ruído ☐ Chuva ☐ Nebulina

Da Ação Policial

☒ Averiguação ☐ Advertência ☐ Prisão ☐ Apreensão

Data de Início: 25/05/15 Hora: 10:30

Guarnições envolvidas: ☐ Apoio ☐ Condução Missão nº: _____
 ☐ Apoio ☐ Condução Missão nº: _____

Das Acusadas

Nome: _____ RG: _____

Sexo (M/F): _____ Raça/cor: _____ Situação: _____ Integridade: _____ NASC: ____/____/____ Fone: _____
 Nome: _____ Bairro: _____ RG: _____
 Sexo (M/F): _____ Raça/cor: _____ Situação: _____ Integridade: _____ NASC: ____/____/____ Fone: _____
 End: _____ Bairro: _____
 Nome: _____ RG: _____
 Sexo (M/F): _____ Raça/cor: _____ Situação: _____ Integridade: _____ NASC: ____/____/____ Fone: _____
 End: _____ Bairro: _____

Raça/cor: 1-branca, 2-Negra, 3-parda, 4-amarela, 5-indígena, 6-não informada.
 Situação: 1- Prisão Permanente, 2- Prisão Judicial, 3- Prisão de Forçados, 4- Nenhum dos itens anteriores.
 Integridade: 1- Normal, 2- Lesionado, 3- Lesionado pela Polícia, 4- morto, 5- morto em confronto c/ a Polícia.

Das Testemunhas

Nome: HELDER LUIZ BASTOS RG: - Fone: 99222-5984
 End: _____ Bairro: _____
 Nome: _____ RG: _____ Fone: _____
 End: _____ Bairro: _____

Nº 323888 A

Via do Cidadão

Descrição do fato: _____ (PA), _____ de _____ de _____
 Assinatura do Condutor da ocorrência



Polícia Militar do Pará
 “Segurança Para Todos”
www.pm.pa.gov.br
 Disque: 190
 Disque Denúncia 181

Anexo 3

 <u>NOTIFICAÇÃO</u>
O Conselho Tutelar II notifica Sr (a) _____, com fundamento no Art. 136, inciso VII, da Lei Federal 8.069/90 do Estatuto da Criança e do adolescente, para que no dia _____ compareça às _____, no endereço: CIDADE NOVA VI, WE-69, Nº. 972 - A, Ananindeua/PA, para fim de: tratar assunto referente ao seu interesse e para esclarecimento. <i>Obs. O não comparecimento implicará à desobediência a Lei 8.069/90 ECA</i> Conselheiro Tutelar

<u>RECIBO DE NOTIFICAÇÃO</u>
Notificado: _____ Endereço: _____ Compareça no dia : _____ Recebi a presente notificação em: ____/____/____ _____ Notificado (a)

Anexo 4



End. Conjunto Cidade Nova VI, WE-69 Casa 972"A"
Fone: 3295-1451

Art. 129- Lei Federal nº. 8.069/90 E.C.A

No dia 21 Fevereiro de 2015, no atendimento do Conselho Tutelar de Ananindeua (Plantão), este órgão deliberou por **ADVERTIR** o (a) Sr. (a) ----- responsável pela criança:-----, de --- ano de idade. Pelo motivo que descreve:

- 1- Garantir a segurança, assim como as necessidades básicas do adolescente em tela, no que se refere à saúde, educação, ao respeito, a convivência familiar e comunitária, pondo- a salvo de qualquer ato desumano, vexatório, aterrorizante e constrangedor.
- 2- Agressão física e psicológica.

Se a advertida vier repetir os atos mencionados neste termo, esta responderá em juízo.

Ananindeua, (Pa) 21 de fevereiro de 2015.

Advertido (a):- _____

Conselheiro (a) Tutelar _____

Anexo 5

Documento encaminhado a CIEPAS para averiguar denúncia feita ao Disque 100.

	GOVERNO DO ESTADO DO PARÁ POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO PARÁ COMANDO DE POLÍCIAMENTO ESPECIALIZADO COMPANHIA IND. ESP. DE POLÍCIA ASSISTENCIAL	OSTENSIVO	ORDEM DE MISSÃO – P/ - CIEPAS – 026/2015
ASSUNTO: LEVANTAMENTO DE NEGLIGÊNCIA E AGRESSÃO PSICOLÓGICA CONTRA UM ADOLESCENTE. ORIGEM: Ofício nº340/2014 P/3 - CPE AValiação de DADOS: P/2 – CIEPAS DIFUSÃO: Guarnições de serviço motorizado CIEPAS DIFUSÃO ANTERIOR: 3ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude de Belém ANEXO: REFERÊNCIA: Protocolo nº 627473 – Disque Direitos Humanos		DATA: 25/02/2015	
ELEMENTOS DISPONÍVEIS:			
1. Pontos crítico: Travessa do Chaco, Marco, Referência: Entre JoãoPaulo segundo e Almirante Barroso, anexo ao campo do Paysandu, segundo denúncias para o disque 100, neste local, um adolescente de 13 anos de idade, de nome Ricardinho, é negligenciado por seu genitor, o Sr. Antonio, pois ainda não está regularmente matriculado em instituição de ensino, e usa o adolescente para trabalhar em seu bar no período noturno, o adolescente Põe e retira mesas do bar, além de ter que servir bebidas alcoólicas para os clientes, ainda segundo relatos do denunciante, o genitor profere palavras de baixo calão e humilha Ricardinho perante todos, sabe-se que a genitora tem ciência dos fatos, mas nada pode fazer. 2. Levantamento Circunstanciado: Averiguar a probabilidade da violação dos direitos de criança, conforme denúncia e/ou ocorrência análoga à acusação.			
MISSÃO e INSTRUÇÕES ESPECIAIS:			
1. Executar diligência especializada na área descrita e circunvizinhanças, realizar abordagens enfocando as pessoas que fundamentam a denúncia. 2. Na sustentação da denúncia, adotar os procedimentos legais, junto ao Conselho Tutelar correspondente a área e/ou procedimentos jurídicos junto a Delegacia de Polícia Civil (caso necessário). 3. Confeccionar Boletim de Atendimento Policial Militar – BAPM, (em letra de forma legível), registrar ocorrência no CIOP, (com confirmação ou não da denúncia), para subsidiar os procedimentos posteriores junto à 3ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude de Belém.			
Os policiais militares responsáveis pela execução da ordem de missão consideraram pela acuidade do presente documento e seu cumprimento, e posterior devolução a seção responsável.		OSTENSIVO	1/1

PROCESSO PENAL COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONTRADITÓRIO E REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA CRIMINAL SEM A PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, ANÁLISE CRÍTICA DO PRECEDENTE ESTABELECIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DANIEL MENEZES BARROS¹

RESUMO: O objetivo de nosso estudo é de demonstrar que para a sedimentação do Estado Democrático de Direito é primordial a conformação do Processo Penal com as normas Constitucionais, para que assim, se possa garantir os direitos fundamentais individuais e ao mesmo tempo os sociais. Isto é, demonstrar que o processo penal só estará legitimado pela constituição, se transcorrer em total obediência ao sistema acusatório, e em total observância ao princípio do contraditório, e principalmente, ao princípio da proporcionalidade. Portanto, não é suficiente dizer que o processo penal deve estar afinado a constituição. O processo penal tem de estar em perfeita conformidade e total obediência aos postulados Constitucionais, só assim, o processo penal cumprirá seu papel protegendo os diversos direitos fundamentais envolvidos, tanto individuais como coletivos. Aqui está o núcleo do nosso debate, isto é, de demonstrar em que parâmetros a aplicação do processo penal brasileiro, está em conformidade com os mandamentos constitucionais, analisando a dialética entre Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal e Direito Processual Penal. Assim buscaremos demonstrar o equívoco do precedente do Superior Tribunal de Justiça que admite a possibilidade de realização de audiência criminal sem a presença do Promotor de Justiça, bem como o equívoco da não realização de perguntas, quando da audiência criminal por parte do magistrado, pois entendem que somente são complementares, quando não realizada nenhuma pergunta pelas partes. Fundamentaremos nossa posição no sistema acusatório, no princípio do contraditório, no princípio da paridade de armas, no princípio da primazia da decisão de mérito, e principalmente, no princípio da proporcionalidade. Terá destaque, também, em nossa argumentação o direito fundamental social da coletividade, e o direito fundamental individual do acusado, dando relevância ao direito fundamental individual da dignidade da pessoa humana, no sentido do direito de obter do Estado/Juiz uma decisão de mérito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal; Sistema Acusatório; Princípio do Contraditório; Princípio da Paridade de Armas; Princípio da Proporcionalidade.

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 LOCALIZANDO O PROBLEMA – PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **2.1 STJ e audiência criminal sem a presença do Ministério Público.** **2.2 Decisões monocráticas - audiências criminais sem a presença do Promotor de Justiça e sem realização de perguntas por parte do juízo.** 3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO OU DA BITERIALIDADE. 4 PROPONDO UMA SOLUÇÃO AO PROBLEMA. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Para estruturarmos nosso entendimento e darmos respostas ao objeto de estudo deste trabalho, vamos analisar o princípio do Contraditório, sem descartar ou mesmo afastar a existência de outros princípios como os da proporcionalidade, da paridade de armas no processo penal, dentre outros, que também corroboram para afastar a possibilidade de realização de audiência em processo criminal sem a presença do Membro do Ministério Público. Todavia, por fidelidade ao tema proposto e devido ao limite de espaço deste estudo, deixaremos a análise dos demais princípios para outros artigos jurídicos.

Antes, porém, para facilitar nossa análise, faremos um corte visando a delimitação do problema, momento em que apresentaremos as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e algumas decisões monocráticas, que admitem a realização de audiência criminal sem a presença do Ministério Público. Decisões essas que temos por totalmente equivocadas, e que de maneira fundamentada demonstraremos tal equívoco.

2 LOCALIZANDO O PROBLEMA – PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para situarmos o núcleo de nossa discussão, se faz necessário justificar logo aqui no início da pesquisa, que nossa preocupação é com as decisões judiciais, apoiadas em precedentes estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça, as quais ainda vem sofrendo mutações em decisões monocráticas, fundamentadas na possibilidade de realização de audiências criminais na ausência do Membro do Ministério Público, gerando enormes problemas jurídicos, deixando, assim, desprotegida a sociedade.

A situação, não bastasse o entendimento equivocado do STJ, agrava-se com a deturpação desse posicionamento, nas decisões judiciais monocráticas. Onde juízes, em nome de um sistema acusatório, embasado em um garantismo, que longe da idéia em que foi gerada, ultrapassa as barreiras do bom senso, priorizando de maneira desproporcional e sem precedentes, os direitos individuais em total desrespeito aos direitos sociais.

Pois bem, os “garantistas à brasileira”, chamo assim, pois, interpretam os postulados garantistas firmados por Ferrajoli, de maneira equivocada, gerando graves problemas jurídicos para o acusado e para a sociedade; todavia não vamos aqui nos aprofundar, por não ser objeto deste artigo. Pois bem, esses dito “garantistas”, não se contentaram com o entendimento desacertado do Superior Tribunal de Justiça, não bastasse isso, surgem de todos os cantos do país decisões monocráticas que vão além do garantismo proposto por FERRAJOLI (2012).

Essas decisões, em nome de um garantismo exagerado, pregam que o sistema acusatório, possibilita realização de audiências criminais sem a presença do Órgão Ministerial e impedem a possibilidade de perguntas do juízo caso não haja nenhuma pergunta da defesa, visto que do “*Parquet*” por certo não terá, pois ausente este.

O comportamento nessas bases é atribuído ao entendimento de que no âmbito do sistema acusatório as provas são de responsabilidade única e exclusiva das partes. Todavia, como dito alhures, já achamos um absurdo a audiência sem a presença do Ministério Público, com razões mais fortes, discordamos veementemente, da realização da audiência sem a presença do Promotor de Justiça, sem que o magistrado faça qualquer tipo de pergunta, pois os mesmos entendem que suas perguntas são sempre complementares, e, como ausente o Parquet e a defesa recusando-se a fazer qualquer pergunta, no entendimento desta corrente, ficam eles impossibilitados de realizar qualquer tipo de pergunta, pois, repita-se, suas perguntas são sempre complementares. Um absurdo.

Como consequência lógica desse teratológico entendimento, há a absolvição dos mais diversos tipos de criminosos. Uma absolvição onde os meios são mais importantes que os fins. Onde o processo, mal interpretado, diga-se de passagem, supera a obrigação precípua da justiça e dos juízes, que é realizar a justiça. Onde o juiz lavando as mãos, como fez Pilatos no julgamento de Jesus, deixa a sociedade a sua própria sorte. Onde magistrados deixam de cumprir sua missão principal que é dizer o direito, que é julgar a causa que lhe é apresentada. Missão que é resolver o mérito do problema apresentado.

Tal posicionamento, em nosso entender, e que mostraremos no decorrer de nossa pesquisa, é totalmente contrário ao justo, digo mais, é injusto para com a sociedade, que tem direito fundamental social à segurança, mas é injusto também para com o acusado, que tem direito de provar que não cometeu o crime, que é inocente, que merece a absolvição, não por enlances processuais ou por apego a um garantismo sem parâmetros de justiça, disseminado por advogados que buscam a absolvição a qualquer custo, principalmente por via transversa, quando sabem que seus clientes são culpados.

Com base nesses posicionamentos de doutrinadores que buscam e pregam o apego desmensurado aos meios, ou seja, ao processo, visando, única e exclusivamente, a já citada “absolvição a qualquer custo”; alguns magistrados, na contramão ao cumprimento de sua missão institucional, que é decidir o mérito do problema que lhe fora apresentado, adotam tais premissas e absolvem criminosos, que na maioria das

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

vezes, seriam condenados, sem quaisquer sombras de dúvidas, com decisões que vão “para além do garantismo de Ferrajoli”. Causando assim, verdadeiro caos na sociedade, abandonando o seu dever de também garantir os direitos sociais de segurança a cada um e a todos, e o pior de tudo, não realizando a verdadeira justiça.

Observem que tal entendimento, conduz a uma inevitável absolvição por falta de provas, visto que não foi exercido o contraditório, dada a ausência do Ministério Público, veja precedente do próprio Superior Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO. AMEAÇA. PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 212 DO CPP. AUDIÊNCIA SEM A PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A ausência do Estado-acusador da audiência, na ação penal pública, toda a estrutura desenhada pela Lei 11.690/08 quanto à produção e aquisição da prova testemunhal no processo penal resta inviabilizada. Sendo o ônus probatório do órgão acusatório e não estando presente no ato destinado à produção de provas, embora regularmente intimado, não há prova produzida validamente e, portanto, a solução aponta para a absolvição por insuficiência de provas. Isso porque a acusação não se desincumbiu do seu ônus de comprovar a acusação. Absolvição decretada. RECURSO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70053368296, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 13/06/2013)

(TJ-RS - ACR: 70053368296 RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Data de Julgamento: 13/06/2013, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/07/2013).

Ao fim e ao cabo, demonstraremos, que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quanto a realização de audiências criminais sem a presença do Promotor de Justiça, é equivocada em suas bases e em sua finalidade. Mas principalmente, demonstraremos o teratológico entendimento de algumas decisões monocráticas de realizar a audiência sem a presença do Ministério Público, e ainda, não realizar perguntas às testemunhas e acusado, levando inevitavelmente à absolvição do réu.

2.1 STJ e audiência criminal sem a presença do Ministério Público

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL : AgRg no REsp 1486467 RS 2014/0258694-5.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. RÉU CONDENADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. NULIDADE PELA AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NECESSIDADE

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

DA PROVA DO PREJUÍZO. REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES. PRESENÇA DA DEFESA NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO. AFASTAMENTO DESSA NULIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- Esta Corte já assentou que “não há falar em inobservância do disposto no art. 402 do Código de Processo Penal quando verificado que, ao final da audiência de instrução, a defesa teve oportunidade e não se manifestou acerca da realização de qualquer diligência, não havendo, portanto, razão para que fosse determinada a intimação para o requerimento de diligências complementares, até porque o referido dispositivo prevê que tal pedido deve ser feito ao final da própria audiência” (HC 297.684/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 10/11/2014).

- Não ocorre nulidade processual pela ausência do membro do Ministério Público na audiência de instrução, sem a comprovação de prejuízo para a defesa. Precedentes. (grifamos).

- O Tribunal a quo concluiu pela existência de provas suficientes para manter a condenação do réu, qualquer conclusão em sentido contrário demanda necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior. Agravo regimental desprovido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

(STJ, Relator: Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 12/05/2015, T6 - SEXTA TURMA).

O que é importante para o estudo e o que se quer destacar na decisão do Superior Tribunal de Justiça é o segundo item do julgado, onde estabelece que não há nulidade na realização de audiência criminal sem a presença do Ministério Público, sem que haja comprovação de prejuízo para a defesa. Ora, aí, justamente nesse ponto, o julgado demonstra-se equivocado. A ausência do Promotor de Justiça causa prejuízo primeiramente para a sociedade como um todo, e particularmente ao acusado.

Os indivíduos, ao repassarem ao Estado parcela de seus direitos em busca da paz social e da vida em sociedade, esperam que o Estado (aqui discorrendo unicamente R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

no âmbito do direito penal, sem exaurir os demais ramos do direito) cumpra com o seu dever de esclarecer os crimes porventura cometidos, punindo os culpados e absolvendo os inocentes.

Nesta busca, pela verdade e pela justiça, a sociedade, nomeou para sua defesa o Ministério Público, para agir com independência e imparcialidade, podendo tanto buscar a condenação como a absolvição de quem estiver sendo acusado de um crime, sempre com o objetivo maior da realização da justiça.

Assim, há prejuízo tanto para sociedade como para a pessoa que se encontra respondendo a um processo criminal, quando a audiência é realizada sem a presença do Fiscal da lei e defensor da sociedade, e ainda, garantidor dos direitos fundamentais dos indivíduos e da sociedade, que é o Membro do Ministério Público.

Logo, sem qualquer constrangimento, assumimos, já aqui, o risco de nossa afirmação: o entendimento de que só haverá nulidade, quando da ausência do Ministério Público nas audiências criminais, se houver provas de prejuízos para a defesa, é desacertado, pois se limita a observar apenas uma face, um dos lados.

2.2 Decisões monocráticas - audiências criminais sem a presença do Promotor de Justiça e sem realização de perguntas por parte do juízo

Proc. nº 0000589-22.2014.8.14.0006

Aos 17 de Dezembro de 2014 às 11h00min, nesta cidade de Ananindeua, no edifício sede do Fórum, sala de audiências da vara do tribunal do júri desta comarca, perante a MMª Juíza Titular desta vara, Exma. Sra. Dra. Preserva-se o nome, comigo assessora do juízo de seu cargo adiante nomeada, foi aberta mais uma audiência de instrução e julgamento, consoante disposto no art 411, da lei nº 11.689/2008.

Ausente o Ministério Público, embora regularmente intimado, entendo que por si só a falta do Promotor de Justiça em audiência de instrução não enseja nulidade, pois depende de prejuízo para a parte ré, nos termos da instrução nº 002/2006-CJCI e com base no artigo 563 do CPP, Súmula 523 do STF e HC nº 47318, STJ, 5ª turma. Conforme a jurisprudência citada vale reforçar que o prejuízo não pode ser alegado pela própria parte que lhe deu causa, conforme a teoria das nulidades, mormente por ameaça de violação ao princípio da boa fé, cujo desdobramento principal veda o *venire contra factum proprium* (vedação do comportamento de contraditório).

Inicialmente foi inquirida, através de gravação audiovisual, a testemunha a seguir qualificada:

Testemunha do MP: Joana Gomes de Souza – RG 1422397.
Testemunha não compromissada na forma da lei, ouvida como informante.

Que neste ato o assistente declara desistência da testemunha Paulo Henrique Cavalcante Nunes. (Proc. nº 0000589-22.2014.8.14.0006 – Site: www.tjpa.jus.br – visitado em 15/01/15, às 22:00 h).

A decisão monocrática acima, comete o mesmo erro da decisão do 1ªs perguntas são apenas complementares. Assim, os advogados e defensores públicos, conhecedores dessa postura desses magistrados, por estratégia de defesa - entenda-se absolvição a qualquer custo, sem qualquer interesse na realização da justiça -, não fazem qualquer pergunta as testemunhas e ao réu, impossibilitando, no entender desses juízes, que seja feita qualquer pergunta por parte do juízo, não produzindo qualquer prova em audiência sobre o crivo do contraditório. Momento em que é encerrada a audiência de instrução e julgamento e remetido os autos ao Ministério Público para alegações finais.

A respeito desse entendimento de complementariedade das perguntas do magistrado em audiências criminais, o Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, TRAZIDA PELA LEI Nº 11.690/08. ALTERAÇÃO NA FORMA DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FORMULADAS DIRETAMENTE PELAS PARTES. PONTOS NÃO ESCLARECIDOS. COMPLEMENTARIDADE DA INQUIRÇÃO PELO JUIZ. INVERSÃO DA ORDEM. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO E DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO. SENTENÇA CONDENATÓRIA LASTREADA EXCLUSIVAMENTE NA PROVA ORAL COLHIDA PELO JUIZ NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO, DIANTE DO NÃO COMPARECIMENTO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE SEPARAÇÃO ENTRE O PAPEL INCUMBIDO AO ÓRGÃO ACUSADOR E AO JULGADOR. VIOLAÇÃO DO SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO. NULIDADE INSANÁVEL. RECURSO DESPROVIDO.

1 - Com a entrada em vigor da Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, foi alterada a forma de inquirição das testemunhas, estabelecendo o artigo 212 do Código de Processo Penal que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, cabendo ao juiz apenas complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos, bem como exercer o controle sobre a pertinência das indagações e das respostas.

2 - A complementariedade constante do texto legal examinado induz à conclusão de existência de ordem na inquirição, ou seja,

sugere um roteiro, em que a parte que arrolou a testemunha formula as perguntas antes da outra parte, perguntando o juiz por último.

3 - Contudo, a inversão da ordem de inquirição, na hipótese em que o juiz - apenas o juiz, não a outra parte -, formule pergunta à testemunha antes da parte que a arrolou, somente poderia ensejar nulidade relativa, a depender do protesto da parte prejudicada no momento oportuno, sob pena de preclusão, bem como da comprovação inequívoca do efetivo prejuízo com a indagação formulada fora da ordem sugerida na norma processual.

4 - Não se pode olvidar que, no moderno sistema processual penal, não se admite o reconhecimento de nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo à defesa, vigorando a máxima *pas de nullité sans grief*, a teor do que dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal.

5 - Não obstante tais fundamentos, diante da peculiaridade do caso concreto, mostra-se irretocável o acórdão recorrido, que anulou o processo desde a audiência de instrução, já que o Juiz, na verdade, colheu toda a prova utilizada para embasar a sentença condenatória, diante da ausência do membro do Ministério Público na audiência de instrução.

6 - Assim, na hipótese, não se mostra relevante sequer a questão da inversão da ordem de inquirição, pois mesmo que o magistrado tivesse formulado perguntas às testemunhas arroladas pelo órgão de acusação em momento posterior à defesa, mas de tais depoimentos tenha extraído os elementos de convicção exclusivos que sustentaram a decisão condenatória, irrecusável reconhecer que a inquirição, pelo juiz, não se deu em caráter complementar, mas sim principal, em verdadeira substituição ao órgão incumbido da acusação, situação que configura indisfarçável afronta ao sistema penal acusatório e evidencia o prejuízo efetivo do recorrido.

7 - Não se verificou, no caso concreto, a indispensável separação entre o papel incumbido ao órgão acusador e ao julgador, principal característica do sistema acusatório, pois a fundamentação exposta na sentença condenatória permite concluir que os elementos do convencimento judicial decorreram, exclusivamente, de provas colhidas pelo julgador na audiência de instrução, hipótese de nulidade insanável, não sujeita, portanto, à preclusão.

8 - Recurso especial desprovido.

(STJ, REsp 1259482/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 27/10/2011).

As mudanças ocorridas nos últimos dez anos no sistema processual brasileiro, transformaram sobremaneira a forma de realização da oitiva de testemunhas, durante

a audiência de instrução e julgamento. Sempre com vistas a obediência ao sistema acusatório e ao princípio do contraditório, garantindo assim o equilíbrio processual. Para tanto, as funções dos sujeitos dentro do processo penal, foram bem definidas, separando com nitidez a função do órgão acusador, a do defensor do acusado, bem como, a do julgador. Essa nova sistemática processual, exige a presença desses sujeitos processuais, sob pena de afronta às garantias constitucionais, visto que, desatende o sistema acusatório e o próprio princípio do contraditório.

Desta forma, não se pode conceber a ausência do defensor do acusado, do mesmo modo não se pode aceitar a ausência do Ministério Público, quando da colheita de prova testemunhal e do próprio interrogatório do acusado, haja vista a estrutura estabelecida pela legislação processual, caso contrário, a ofensa ao sistema será inevitável, inviabilizando o processo penal na sua forma constitucional.

Assim, não se trata aqui de uma discussão sobre o alcance e significado da palavra “complementar”, prevista no art. 212 do código de processo penal brasileiro, mas de antes e acima de tudo, garantir a presença do Promotor de Justiça na audiência criminal, pois sua ausência inviabiliza os debates e principalmente o contraditório.

Ora, de nada adiantaria, a previsão constitucional do sistema acusatório e do princípio do contraditório, se não garantisse as partes o direito de participar da produção de todas as provas. E o que pode ser ainda mais grave, no caso da ausência de uma das partes, o magistrado pudesse fazer as vezes deste, descaracterizado estaria o sistema acusatório. Desta forma, a presença da defesa do acusado e do Ministério Público em todos os atos do processo penal é irrefutavelmente obrigatória, para que seja garantido o equilíbrio processual entre as partes, em obediência ao contraditório, como garantia ao devido processo legal constitucionalmente estabelecido.

Resta claro, portanto, que as indagações do magistrado podem até serem complementares as partes, porém, isso em nada atinge a garantia constitucional das partes em participar de todos os atos do processo, principalmente da oitiva das testemunhas e do interrogatório. Assim, entendemos equivocada a realização de audiência sem a presença do Ministério Público.

Ora, como pedir a condenação se não foi produzida nenhuma prova sobre o crivo do contraditório? Essa é a primeira indagação. Como pedir a absolvição de um inocente, se o Magistrado que tem a missão de realizar a justiça, impossibilitou a produção de qualquer tipo de prova, sobre o crivo do contraditório? Essa uma segunda indagação. É justo essa decisão, que não possibilita o contraditório e que não dá ao réu o direito de provar a todos que não cometeu o crime? Essa última pergunta é uma indagação importantíssima que é desrespeitada por esses juízes que adotam esse entendimento.

Por fim questiona-se, é proporcional e razoável essa postura de alguns Membros do Poder Judiciário, visto que desrespeitam o direito do réu em provar que é inocente daquela acusação, e também, desrespeitam a sociedade que espera do Poder Judiciário, o cumprimento da missão a ele confiada, que é, como diz o velho ditado bíblico “dar

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

a César o que é de César”, isto é, o juiz deve dizer o direito, deve realizar a justiça para a pacificação social. É dizer, em matéria penal, julgar absolvendo os inocentes e condenando os culpados. Contudo, como realizar a justiça, realizando audiência sem a presença do Ministério Público, impossibilitando a produção de provas com obediência ao princípio do contraditório, princípio este que é o principal pilar do sistema acusatório?

Observe, caro leitor, que o Sistema Acusatório tão evidenciado pelos seguidores dessa corrente “garantista à brasileira”, têm como principal esteio o Princípio do Contraditório. Ora, quando o magistrado realiza audiência criminal sem a presença do Promotor de Justiça, está se sacrificando e ferindo de morte, justamente esse Princípio, qual seja, o Contraditório.

Ana Cláudia Pinho, citando o Ministro Celso de Melo, assim se expressa, sobre o Contraditório e a postura do juiz para se manter imparcial:

O juiz não deve ter interesses no processo – ele não é parte interessada – mas diante da incontornabilidade dos pré-julgamentos, melhor dito, pré-juízos inelimináveis, diria o mestre de Granada Modesto Saavedra (consequência lógica da condição humana), os atos processuais devem ter freios inibitórios marcados, nos limites do presente debate – dentre outros –, pelo princípio constitucional do contraditório que “impõe à autoridade judiciária – qualquer que seja o grau de jurisdição em que atue – o dever jurídico de assegurar às partes o exercício das prerrogativas inerentes à bilateralidade do juízo.” (STF, HC 69001/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 18-02-1992): controlado pois. (PINHO, 2013, p. 40-41).

Prossegue Ana Pinho, citando Geraldo Prado:

A redução do decisionismo e constante respeito aos direitos e garantias fundamentais, definirão o maior ou menor grau de legitimidade da atividade jurisdicional penal. Esta sempre será legítima quando tenha ‘sido possível conferir à sentença a qualidade de haver apreendido o tipo de verdade que pode ser constatada de modo mais ou menos controlável por todos, mas isso só acontecerá se forem satisfeitas as garantias do contraditório, oral e público, isto é, na vigência do sistema acusatório. (PRADO, Geraldo. ‘Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais’. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, p. 39). (PINHO, 2013. p. 41).

O que se está a afirmar com isso é que o processo penal só chegará ao seu fim com uma decisão, mais ou menos, tida como justa; se e somente se, quem preside e conduz o processo, visando manter-se imparcial, dentro de um sistema dito acusatório, garantir o pleno exercício as partes no tocante a fiel aplicação do princípio do contraditório. Isto é, cabe ao Juiz garantir as partes a possibilidade de apresentar suas provas e contraditar

as da outra parte, utilizando as normas processuais, não como um fim em si, mas como meio para dar as melhores condições possíveis as partes, para assim se chegar o mais próximo possível da verdade dos fatos, buscando como fim único a realização da justiça.

Veja-se que mesmo os doutrinadores garantistas, ou ainda, os que defendem um garantismo exagerado e desproporcional, chamado por Fischer de “Garantismo Hiperbólico Monocular” (FISCHER, 2009); mesmo esses doutrinadores, deixam claro que o contraditório dentro do processo penal deve ser uma garantia inafastável, para que seja alcançada uma decisão justa. Sendo essa missão de competência do Juiz, o qual deve envidar todos os esforços para a efetiva garantia do contraditório.

Somente desta forma o Juiz poderá alcançar certo grau de imparcialidade, tendo certeza de que as partes tiveram oportunidades iguais e apresentaram as provas que lhes eram possíveis, tendo sido oportunizado a cada um o direito de refutar, de igual modo, as provas apresentadas pela outra parte. Só assim, neste ambiente democrático, com a garantia do contraditório, missão e dever exclusivo do magistrado, diga-se de passagem.

Ana Pinho arremata, afirmando com acerto ímpar, a respeito do que dispõe o artigo 93, IX, da Constituição Brasileira, onde trata da estrutura do Poder Judiciário:

Art. 93...

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.”

“Vê-se que a norma constitucional – tamanha a importância do ambiente contraditório, na garantia da ampla defesa – chega a prever a possibilidade de se vedar a participação das próprias partes a determinados atos, mas nunca a de seus defensores!

Então – renovada vênua -, reafirmo, incansavelmente, o posicionamento de que o processo é procedimento realizado em contraditório e só neste espaço estará legitimado o poder jurisdicional! (PINHO, 2013, p. 41)

Apesar do texto constitucional falar em “seus advogados”, o que se deve depreender daí é que, a importância dada pela constituição ao princípio do contraditório é tamanha, que se admite até a possibilidade de se vedar a participação das partes, na audiência, porém jamais se admitirá a ausência de seus defensores. Dito de outro modo, somente em um ambiente de contraditório a decisão judicial estará legitimada e poderá realizar a verdadeira justiça, cumprindo assim seu fim precípua de realizar a paz social.

Mutatis mutandis, em processo penal, os defensores referidos na norma constitucional, são os advogados e defensores públicos na defesa dos acusados. Tendo como outra parte, o Ministério Público, com uma excepcional característica atribuída pela carta maior, podendo ser ao mesmo tempo defensor da sociedade (atuando como

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

acusador), mas também, como garantidor dos direitos e garantias individuais dos que na condição de réu se encontrarem.

Não temos dúvidas de que somente em um processo penal em total respeito ao contraditório, oportunizando efetivamente às partes o direito de apresentar suas provas e de se contrapor as apresentadas pela parte adversa, só assim, será possível se aproximar de uma decisão judicial realmente justa.

3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO OU DA BITERALIDADE

Quanto ao princípio do contraditório, cabe aqui, uma pequena digressão. Tal princípio, tem previsão assentada na constituição de nosso país, e encontra-se positivado em seu art. 5º, inciso LV, e assim diz:

Art. 5º.....

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Assim, a constituição federal decreta um importante princípio constitucional em matéria processual penal, o princípio do contraditório, o qual garante as partes, no mínimo e a priori, a oportunidade de se contrapor e apresentar provas em contrário ao apresentado pela outra parte. Isto é, a parte contrária tem o direito de ter ciência e participar da colheita da prova, sendo-lhe disponibilizado a oportunidade de apresentar provas em contrário.

Sobre o princípio do contraditório em seu livro “O contraditório no Processo Judicial- Uma visão dialética”, José Souto Maior Borges, nos informa:

O princípio do contraditório e seu consectário, a ampla defesa, estão insculpidos na constituição Federal, Art 5º, LV, já transcrito. No direito processual- Administrativo ou judicial, esse princípio atua pela pluralidade de partes – ao menos duas: autor e réu, que se fazem representar diante de uma “parte imparcial”, o juiz da causa. Aos advogados é preservada constitucionalmente a mais ampla liberdade de argumentação, necessária ao exercício do direito de defesa ou da faculdade de acusar. Ora, quando se dão aos advogados os meios mais amplos de argumentação retórica, dá-se, ipso facto, ao juiz o dever-poder de assumir um dos argumentos em confronto, se da sua procedência estiver convencido. Assim sendo, a decisão judicial pode revestir característica praeter legem e eventualmente até contra legem. Nunca porém contrária ao Direito. (BORGES, 2013, p. 117).

Dito de outra forma, o princípio do contraditório impõe ao magistrado, condutor de todo o processo em âmbito criminal, que garanta as partes o direito de participar e se manifestar sobre todos os atos processuais, tudo para a garantia do equilíbrio processual.

Esse equilíbrio almejado pelo processo penal, busca proteger o efetivo exercício dos direitos envolvidos, para uma decisão final imparcial e justa. Isto é, busca o equilíbrio entre o direito do Estado de punir os transgressores da lei penal, mas também, garantir o pleno exercício do direito de liberdade que cada um indivíduo da sociedade possui, sempre observando um dos pilares do direito penal que é o princípio da inocência. Só assim, nesses parâmetros de equilíbrio processual, poderá se alcançar um justo Processo Penal.

Desse modo, o princípio do contraditório, garante a cada parte integrante do processo penal o direito a tomar ciência de todos os atos do processo, e não só de tomar ciência, como também de manifestar-se sobre eles; e o mais importante, o contraditório garante não só essa ciência e manifestação, garante a possibilidade da parte de apresentar provas em contrário e buscar interferir, lícitamente é claro, no convencimento do juiz. Isso é contraditório.

José Afonso da Silva, trata do princípio do contraditório como “instrução penal contraditória (inc. LV), que tem como conteúdo essencial a garantia da plenitude ou ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (incs. XXXIV, a, e LV).” (SILVA, 2010, p. 440).

Por seu turno, Marcelo Novelino define o princípio do contraditório, da forma seguinte:

O contraditório, entendido como a ciência bilateral dos atos do processo com a possibilidade de contrariá-los, é composto por dois elementos: informação e reação, sendo esta meramente possibilidade em se tratando de direitos disponíveis. A audiência bilateral é requisito indispensável para garantir a justiça das decisões, pois somente pela soma das parcialidades das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético. (NOVELINO, 2009, p. 447).

O princípio do contraditório, firma-se assim, como um direito fundamental, positivado na carta magna, e é de observação obrigatória por parte dos magistrados, quando da instrução de processos penais. Assim, o contraditório garante as partes envolvidas no processo, o direito ser cientificado de todo ato praticado dentro do processo, bem como de participar e contra argumentar todas as provas apresentadas pela outra parte.

O Supremo Tribunal Federal, já se manifestou por diversas vezes sobre a obrigatoriedade do princípio do contraditório, vejamos:

A previsão do contraditório prévio a que se referem os arts. 396 e 396-A do CPP, mais do que simples exigência legal, traduz

indisponível garantia de índole jurídico-constitucional assegurada aos denunciados, de tal modo que a observância desse rito procedimental configura instrumento de clara limitação ao poder persecutório do Estado, ainda mais se se considerar que, nessa resposta prévia— que compõe fase processual insuprimível (CPP, art. 396-A, § 2º) —, torna-se lícita a formulação, nela, de todas as razões, de fato ou de direito, inclusive aquelas pertinentes ao mérito da causa, reputadas essenciais ao pleno exercício da defesa pelo acusado (...). (HC 107.795-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 28-10-2011, DJE de 7-11-2011.)

No caso da decisão acima, o STF declarou que a obrigatoriedade da obediência ao princípio do contraditório é tão necessária e de observação inarredável, que desde o início da ação, na defesa prévia tem de ser possibilitada as partes.

Norberto Avena, em Processo Penal Esquematizado, tratando do contraditório, assim se manifesta:

O Princípio do Contraditório figura como um dos mais importantes postulados no processo acusatório. Trata-se do direito assegurado as partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, podendo se manifestar a respeito e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional a respeito. (AVENA, 2009, p. 22).

No mesmo norte, Vicente de Greco Filho, vejamos:

Após a citação, as leis atribuem prazos para a apresentação da defesa, à qual deve ser permitido: contrariar a acusação, requerer a produção de provas e recorrer quando houver inconformismo. Essas faculdades podem ser resumidas no termo ‘contraditório’. O contraditório não se refere apenas à instrução, colheita de provas, mas a própria oportunidade de contrariar a acusação de modo, em tese, eficiente.

O contraditório pode ser definido como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em: poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser deferidas; acompanhar a produção das provas, fazendo, no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais deva estar presente; e recorrer quando inconformado. (GRECO, 2012, p. 79).

Corroborando com o mesmo posicionamento, Julio Fabbrini Mirabete, define o princípio do contraditório, da seguinte forma:

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

Dos mais importantes no processo acusatório é o princípio do contraditório(ou da bilateralidade da audiência), garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado (art.5º, LV). Segundo ele, o acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar assegurada a igualdade das partes. Diz bem J. Canuto Mendes de Almeida: A verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa do indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Assim, a garantia do contraditório abrange a instrução lato sensu, incluindo todas as atividades das partes que se destinam a preparar o espírito do juiz, na prova e fora da prova. Compreende, portanto, as alegações e os arrazoados das partes. Corolário do princípio da igualdade perante a lei, a isonomia processual obriga que a parte contrária seja também ouvida, em igualdade de condições (*audiatur et altera pars*). A ciência bilateral dos atos e termos do processo e da possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que se conceda às partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões etc. (MIRABETE, 2005 ,p. 46).

No mesmo trilhar Ionilton Pereira do Vale, assim se manifesta sobre o princípio do contraditório:

O princípio do contraditório (ou bilateralidade de audiência) encontra sua fonte na Constituição Federal, no Pacto de San José da Costa Rica e na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Deve-se entender o contraditório como a bilateralidade do processo, sendo que cada ato da parte deve, necessariamente, corresponder a uma ação ou reação da outra parte, de modo que ambos estejam em equivalência de situações perante o juízo.

O princípio encontra-se ligado à comunicação dos atos processuais (ciência bilateral) e efetiva participação das partes nos atos. Além da comunicação, deve-se levar em conta o tempo para eventual contrariedade da prova apresentada, ou mesmo a preparação dos atos defensivos ou acusatórios, sem os

quais haverá cerceamento de defesa ou acusação. Decorrem a igualdade processual e a liberdade processual, em que o acusado nomeia o defensor que quiser, bem como apresenta as provas que lhe convêm.

Tão importante é este princípio que, sem sua efetiva produção, não pode o réu ser condenado no processo penal, mesmo em se tratando de processos submetidos ao procedimento de júri, nos crimes contra a vida. (VALE, 2009, p. 237-238).

Fernando Capez por sua vez, acerca do princípio do contraditório, expõe:

O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido (*audiat et altera pars*). O art. 261 do código de processo penal determina que: nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. O seu parágrafo único, prevê que ‘a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada’. Finalmente, dispõe o art. 263 (CPP) que, ‘se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação’. Como se vê, o sistema processual penal, ao contrário do processual civil, que versa direitos em sua maioria disponíveis, exige a efetiva contrariedade à acusação, como forma de atingir os escopos jurisdicionais, tarefa que só é possível com a absoluta paridade de armas conferidas às partes. É por esse motivo que ao réu não habilitado não é permitido fazer a sua defesa técnica. O contraditório é um princípio típico do processo acusatório, inexistindo no inquisitivo. (CAPEZ, 2011, p.77-78)

Um ou outro dos citados acima, ainda possuem uma visão com amarras no passado, pois ainda, em certo grau não adotaram a visão moderna do princípio da proporcionalidade, ou seja, não conseguiram enxergar que só é proporcional a aplicação do princípio do contraditório em âmbito penal, se, abraçando a tese alemã, enxergarem o princípio na sua dupla face.

Digo melhor, alguns dos citados que se manifestaram sobre o princípio do contraditório, se preocuparam em explicar tal princípio apenas sob o enfoque do acusado, esqueceram-se da sociedade, esqueceram-se da outra face do princípio da proporcionalidade, ou seja, o princípio do contraditório só será obedecido dentro de parâmetros proporcionais, se e somente se, observada em via de mão dupla. Isto é, se efetivamente o contraditório for estabelecido e exercido pelas duas partes, é dizer, se a defesa do réu tiver ampla e irrestrita possibilidade de participar e contraditar as provas apresentadas pela outra parte, neste caso, as provas apresentadas pelo Ministério Público.

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

De outra banda, o defensor da sociedade, tem o direito de ter ciência, e mais, não só ter ciência, mas sim, participar da produção de todos os atos e provas, bem como, e principalmente, de contraditar e influenciar, dentro da legalidade, por óbvio, a formação do convencimento do juiz.

Aqui se funda um dos principais pilares de nossa argumentação, de nosso entendimento. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de que é possível a realização de audiência criminal sem a presença do Promotor de Justiça é equivocado, pois afronta diretamente o princípio do contraditório, do sistema acusatório e do próprio princípio da proporcionalidade.

Ora, como pedir a condenação de um acusado, se o Promotor de Justiça, apesar de ter tido ciência, não participou da coleta e produção de provas, e pior, se não foi produzida nenhuma prova sobre o crivo do contraditório? Digo mais, como pedir a absolvição do réu, se ele for inocente, se ele não teve a chance de demonstrar que não cometeu o crime, ou que o crime não existiu, se o Magistrado que tem a missão de realizar a justiça, impossibilitou a produção de qualquer tipo de prova, sobre o crivo do contraditório? É justo uma decisão nesse viés, onde impossibilita a produção da prova, bem como, não dá a oportunidade ao réu, o direito de provar a todos que não cometeu o crime, e até de exigir uma indenização, pelos danos morais causados por uma acusação falsa ou equivocada? Essa é uma indagação importantíssima que é desrespeitada pelos tribunais e juízes que adotam esse entendimento.

Por fim questiona-se, é proporcional e razoável essa postura desses magistrados, visto que desrespeitam o direito do réu em provar que é inocente, e também, desrespeitam a sociedade que espera do Poder Judiciário, o cumprimento da missão a ele confiada, que é, dizer o direito, resolvendo o mérito, e realizar a justiça para a pacificação social. Dito diferente, em matéria penal, o juiz deve julgar absolvendo os inocentes e condenando os culpados, ou seja, realizando efetivamente a justiça.

Como já dito anteriormente a postura do juiz para se manter imparcial, deve ser desinteressada, pois ele não é parte no processo e a ele cabe a obrigação, o dever de assegurar às partes o direito de participar de todos os atos do processo, garantindo a efetiva possibilidade de contrapor-se a toda e qualquer prova apresentada pela outra parte, seja ela o defensor do acusado, seja ela o defensor da sociedade. Deve o juiz, atuar imparcialmente, impondo os limites do debate, em estrita obediência ao princípio constitucional do contraditório. Desta forma, a obediência ao contraditório, como decorrência do sistema acusatório, em matéria processual penal é condição precípua para a efetiva realização da justiça e para a realização da paz social.

Qualquer decisão judicial só será legítima e se aproximará da justiça, se e somente se, for realizada sob o manto do princípio constitucional do contraditório, dentro dos limites estabelecidos pelo sistema acusatório. Só assim, dentro dessa conformação constitucional do processo penal, é que se poderá, repito, se aproximar de uma decisão realmente justa.

O que se está a afirmar com isso, é que o processo penal só chegará ao seu fim com uma decisão, mais ou menos, tida como justa, “et nisi” (somente se), quem preside e conduz o processo, visando manter-se imparcial, dentro de um sistema dito acusatório, garantir o pleno exercício as partes no tocante a fiel aplicação do princípio do contraditório. Isto é, cabe ao Juiz garantir as partes a possibilidade de apresentar suas provas e contraditar as da outra parte, utilizando as normas processuais, não como um fim em si, mas como meio para dar as melhores condições possíveis as partes, para assim se chegar o mais próximo possível da verdade dos fatos, buscando como fim único a realização da justiça, e como já dito, a paz social.

Veja-se que mesmo os doutrinadores ditos garantistas, ou ainda, os que defendem um garantismo a brasileira, altamente exagerado e desproporcional, chamado por Douglas Fischer de “Garantismo Hiperbólico Monocular”; mesmo esses doutrinadores, deixam claro que o contraditório dentro do processo penal deve ser uma garantia inafastável, para que seja alcançada uma decisão justa. Sendo essa missão de competência do Juiz, o qual deve envidar todos os esforços para a efetiva garantia do contraditório.

Já no recebimento de uma denúncia, ou queixa crime, pelo juiz, este em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, é oportunizada pelo magistrado ao acusado, a defesa prévia ou preliminar. Assim, se introduz o contraditório no processo. Ultrapassada essa fase, passa-se a instrução propriamente dita. Nesta audiência de instrução e julgamento, após a pergunta às testemunhas e posteriormente ao réu, sobre o que tem conhecimento sobre os fatos ali apurados, segue-se, em obediência ao princípio do contraditório, os debates quanto as provas apresentadas. Participando da produção de todas as provas, bem como, contradita-las, visando melhor convencer o juízo. Ora, se a audiência for realizada sem a presença de uma das partes, não há como se obter um ambiente de contraditório, pois contraditório exige duas partes, não sendo concebível um contraditório apenas com uma das partes presentes, visto que não ocorrerá a contra argumentação, não existirá o debate sobre a prova apresentada, pois, como dito, só estará presente uma das partes.

Veja-se que a realização de audiência sem a presença do defensor do acusado, não é permitido pela legislação processual penal, pois na falta do defensor indicado pelo réu, o magistrado deverá adiar a audiência ou nomear outro defensor “ad hoc”, para aquele ato. Apenas, para o debate, imagine-se que o juiz realizasse tal audiência sem a presença da defesa, por certo, não existiria o contraditório, e ainda, estaria sacrificado o princípio da ampla defesa. De outra banda, como se pode aceitar que na ausência do Promotor de justiça, que é o defensor da outra parte – a sociedade -, a realização de audiência criminal, do mesmo modo que na ausência do defensor do réu, impossível será a obediência ao princípio do contraditório. Ora, se o contraditório exige o debate entre as partes, qualquer entendimento que abrigue a possibilidade de realização de audiência sem a presença do Ministério Público, feri de morte a constituição da república.

O que estamos afirmando aqui, é que não há como aceitar a realização de audiência criminal sem a presença de uma das partes, visto que afronta um dos pilares do sistema acusatório, que é o princípio do contraditório. O contraditório, visa manter o equilíbrio processual e garantir a imparcialidade do juiz. Garantindo, tanto ao acusado, como a sociedade, a participação efetiva no processo, mantendo imune o equilíbrio processual. E não se argumente que a ausência do Promotor de Justiça pode ser indefinida, causando dilação indevida do processo, pois, até na falta desidiosa do Membro do Parquet, há remédio para tal falta. Basta o magistrado oficial ao Procurador Geral de Justiça, informando a falta, designando nova data para realização das audiências e requerendo a nomeação de outro Promotor de Justiça. Vou além, caso o acusado esteja preso, poderá o juiz, visando garantir o direito fundamental a liberdade, se entender viável e possível, colocar imediatamente o réu em liberdade. Todavia, jamais, repito, jamais, realizar a audiência sem a presença do Ministério Público e absolver por via transversa o acusado.

Por via de consequência, o que estamos defendendo, assumindo todos os riscos dessa assertiva, é que não se pode realizar audiência sem a presença de nenhuma das partes, assim, equivocada e absurda, permissa vênua, as decisões judiciais que admitem a realização de audiência sem a presença do Promotor de Justiça, pois, repita-se, feri de morte o sistema acusatório, colmatado na constituição federal, destruindo seu pilar principal que é o princípio do contraditório.

José Souto Maior Borges, falando sobre o contraditório e as decisões judiciais, com acerto injeável, assim se expressa:

É sempre a justiça da decisão judicial que está em questão. O juiz não é um autômato, um clone da cibernética, mas um sacerdote da justiça: “ Recusa-se ele, às vezes, a escolher a lei formalmente aplicável à espécie, criando o que se chama a falsa lacuna, quando para ele é manifesto que a aplicação da lei aos fatos peculiares da hipótese redundaria em injustiça que não teria sido querida pelo legislador, se tivesse que regular o caso. (BORGES, 2013, p. 118)

E assim, finaliza José Souto, usando como suas as palavras de Carnelutti: “Como acentua, inspiradamente, Carnelutti, a lei é um meio a serviço da justiça, e não um fim em si mesma. A infalibilidade da lei é, então, claramente afastada.” (BORGES, 2013, p. 118)

4 PROPONDO UMA SOLUÇÃO AO PROBLEMA

O presente estudo, que por ora chega próximo de suas linhas finais, trouxe ao debate vários argumentos, sem a pretensão de esgotar todos as possíveis razões que cercam o assunto. Porém, entendemos que não precisamos debater todos, visto que o objeto central de nossa análise e de nosso posicionamento já fica bem fundamentado

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

com os institutos já debatidos. Portanto, nos capítulos anteriores, os vários fundamentos estudados, examinaram as bases que conduzirão a nossa conclusão, e que por certo demonstrará de maneira contundente o equívoco do precedente sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça e por alguns juízes monocráticos a respeito da possibilidade de realização de audiência criminal sem a presença do Promotor de Justiça.

Neste sentido, podemos assim resumir nossa percepção do equívoco desse tipo de decisão judicial, equacionando nosso posicionamento, da forma seguinte:

I. A decisão de realizar audiência criminal sem a presença do Ministério Público é equivocada, pois não observa, dentre outros institutos: O Sistema Acusatório, visto que sacrifica o cumprimento dos postulados de vários princípios, principalmente o do Contraditório, por não dar oportunidade de manifestação nem para o acusado nem para o Ministério Público; A solução que apresentamos não deveria ser nenhuma novidade, e não é. Pois, basta o juiz adiar a audiência, colocando o réu em liberdade, se estiver preso e preencher os requisitos, e oficiar ao Procurador Geral da Instituição para a nomeação de outro Promotor de Justiça para a audiência redesignada, bem como a apuração da falta do Membro, se não foi justificada. Como já é feito no caso de julgamentos do Tribunal do Júri, com previsão expressa no Código de Processo Penal Brasileiro.

Finalizo o presente estudo após identificarmos o equívoco dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e decisões judiciais que admitem a possibilidade de realização de audiência criminal sem a presença do Promotor de Justiça.

Antes, porém, de encerrarmos, deixo aqui caro leitor, uma situação hipotética, para que você, mesmo que não tenha conhecimentos jurídicos, possa imaginar qual seria a resposta que iria querer do Estado/Juiz, se estivesse nessa situação, vejamos:

Imagine você, em caso de extrema urgência – problema de saúde por exemplo -, empresta um carro de um conhecido, e ao passar por uma “blitz” policial, após revista no veículo, é encontrado embaixo do banco do motorista um quilo de cocaína e uma balança de precisão, usada para pesar quantidades pequenas de drogas. Você é preso por tráfico de drogas e recolhido a cadeia pública. A audiência de instrução e julgamento é marcada após trinta dias de prisão. Pois bem, no dia da audiência o Promotor de Justiça, por motivos desconhecidos não comparece. O juiz, adepto do entendimento do STJ, de que pode realizar audiência criminal sem a presença do Ministério Público, realiza a mesma. Sendo que além de acompanhar esse posicionamento do Superior Tribunal, entende só pode realizar perguntas complementares. Desta forma nada é perguntado as testemunhas e nem a você como acusado. Assim o magistrado encerra a audiência e remete os autos ao Parquet para alegações finais. O Ministério Público devolve o processo com o requerimento de renovação da audiência de instrução e julgamento. O magistrado decide que como não foram apresentadas alegações finais, houve desistência tácita, e

após alegações derradeiras da defesa, absolve você sem nenhuma análise do mérito, por não haver prova produzida em audiência, ou seja, sem o crivo do contraditório. Enfim, você é colocado em liberdade. O seu advogado fica feliz com mais uma causa vencida.

Agora vem os questionamentos que você deve fazer:
 Você foi absolvido e está em liberdade, mas isso basta?
 O Estado/Juiz fez Justiça, com você e com a sociedade?
 A sua dignidade foi reestabelecida com essa sentença?
 Você aprova esse tipo de decisão do Estado/Juiz?
 Pois é, pense nisso!!!

ABSTRACT: Our study aims to demonstrate how primordial is the accordance between the Criminal Procedure and the Constitutional Standards to the Democratic Rule of Law; this assures fundamental personal and social rights. The criminal procedure is only constitutionally legitimated if developed in obedience to the Criminal System, in compliance with the Principle Audi; mainly in compliance with the Principle of Proportionality. Therefore, to affirm that Criminal Procedure must be constitutionally oriented is not enough. The constitutional conformity must be dampened by the application of the Hermeneutics to the legal and criminal system, which enables protection to several fundamental rights, both individual and collective. The contribution of the study is: to determine what parameters the constitutional theory of the fundamental rights has applicability on the *Procedure and Criminal Dogmatic*, which stimulates the discussion about the Fundamental Rights, foreseen in the Federal Constitution and the Criminal Procedure Law. It then seeks to demonstrate the misconception from the High Court of Justice that admits the possibility of a criminal hearing without the presence of a Public Prosecutor. As the misconception of not asking questions during the criminal hearing section executed by the magistrate. It is understood that they are only complementary when parties do not ask questions. Our position is based on the Adversarial System, on the Principle Audi and mainly the Principle of Proportionality. The Fundamental Social Right of the Collectivity and the Fundamental Individual Right of the accused will also be highlighted in our argumentation. Showing the relevance of the fundamental individual right of the human dignity, with the object to obtain a worthy decision from the Law/Judge.

KEYWORDS: Adversarial System; Criminal Procedure Law; Principle Audi; Principle of Balance of Power; Principle of Proportionality.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.
 R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal*: esquematizado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARRANCO, Norberto J. de la Mata. *El Principio de Proporcionalidad Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no Processo Judicial*: uma visão dialética. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Pontes, 2011.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*: a constituição penal. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: Teoria del Garantismo Penal. Tradução Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1999.

_____. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Garantismo*: uma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a constituição penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERNANDES, Antônio Scarance, ALMEIDA, José Raul Gavião de, MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Provas no Processo Penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 19 Jan. 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Crime organizado: enfoques criminológicos, jurídicos da Lei n. 9.034/95 e político-criminal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

_____. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO Filho, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 8. ed. rev. e atual. Niterói -RJ: Impetus, 2015.

GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos*. Recursos em espécie, ações de impugnação ações de impugnação – habeas corpus, revisão criminal e mandado de segurança contra ato jurisdicional penal, reclamação aos tribunais. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal*. 12a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

JELIN, Elizabeth. Cidadania revisitada: solidariedade, responsabilidade e direitos. In: JELIN, Elizabeth; HERSHBERG, Eric (Org.). *Construindo a Democracia: Direitos Humanos, Cidadania e Sociedade na América Latina*. Tradução ana Luiza Pinheiro. São Paulo: EDUSP; Núcleo de Estudos da Violência (NEV), 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LENZA, Pedro (Coord.). *Direito Processual Penal Esquematisado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

LOPES Jr., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Altas, 2005.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Processo e Hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Regimes constitucionais de liberdade provisória: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para Além do Garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PUHL, Adilson Josemar. *Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade*. São Paulo: Pillares, 2005.

ROBERTO, Welton. *Paridade de Armas no Processo Penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

STREK, Lênio Luiz et al. *Direito Penal em Tempo de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

_____. *O inimigo no direito penal*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

O POSITIVISMO JURÍDICO E SUA INFLUÊNCIA SOBRE DECISÕES JUDICIAIS

DANIELLA MARIA DOS SANTOS DIAS¹

RESUMO: O positivismo jurídico é corrente doutrinária que aborda o direito como expressão da autoridade, cuja validade da norma se restringe ao aspecto técnico-jurídico. Kelsen, com sua teoria pura, revela o racionalismo dogmático que, em seus pressupostos teóricos, ainda influencia a interpretação do sistema jurídico e a produção de decisões judiciais. O presente artigo objetiva refletir acerca da influência do positivismo jurídico sobre a interpretação do ordenamento jurídico e sobre a produção de decisões judiciais a partir da análise de uma decisão judicial. Esta servirá como “pano de fundo” para a reflexão sobre os pressupostos estruturantes do positivismo jurídico. Por consequência, o artigo apresenta breves considerações sobre a doutrina positivista e sobre o normativismo jurídico de forma a possibilitar reflexões acerca dos pressupostos teóricos da doutrina positivista e sua influência na produção de decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo jurídico. Teoria Kelseniana. Formalismo jurídico. Sistema jurídico. Decisões judiciais. Dignidade humana

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O POSITIVISMO JURÍDICO. 3 TEORIA PURA DO DIREITO. 4 A INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO SOBRE DECISÕES JUDICIAIS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

No dia 26 de agosto de 2003, o município de Belém impetrou perante a Justiça Estadual ação de reintegração de posse com pedido de desfazimento de construção e cominação de pena para o caso de novo esbulho contra vários cidadãos, todos ocupantes de área pública, localizada no canal da Travessa Quintino Bocaiúva, bairro do Jurunas, município de Belém.

A ação impetrada pelo poder público municipal contra os ocupantes das margens do igarapé teve por objeto a desocupação de área onde já havia sido iniciado um conjunto de intervenções urbanísticas, intervenções essas que objetivavam a dotação da área de

¹ Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. Doutora em Direito Público (UFPE). Professora da Graduação e Pós-Graduação (UFPA). Professora da Pós-Graduação (UNAMA). diasdaniella@gmail.com

infra-estrutura (dragagem do canal, pavimentação, paisagismo, e iluminação), consoante aprovação de orçamento participativo, obra avaliada à época em R\$2.094,372,00.

A petição inicial, em seus argumentos, relatava que área era indigna para a ocupação, que a ocupação ilegal das margens do canal deveria ser impedida em função da inviabilidade do exercício do direito à moradia e que a ocupação irregular obstruía a drenagem do igarapé, o que causaria o alagamento da área e da via pública, tudo em desconformidade com as normas de saúde pública que o município deveria observar. A peça exordial ressaltava que era urgente a retirada das famílias que ali se instalaram e que o poder público necessitava intervir na área por meio de drenagem mecânica e que era necessário coibir a ocupação para realização da obra pública, como forma de prevenir e proteger o meio ambiente em razão das reivindicações da comunidade.

Com supedâneo legal no Código de Posturas do Município, na Lei de Edificações e na lei que estabelece a Política de Desenvolvimento Urbano, o município de Belém alegava o dever legal de demolir qualquer construção que fosse clandestina ou que causasse risco iminente de caráter público.

Considerou ainda que a ocupação irregular propiciava a especulação imobiliária, pois inúmeras casas construídas às margens do canal estavam à venda, e que a urgência da atuação do Poder Judiciário se revelava pela falta de qualidade de vida que o problema estava gerando para a comunidade do entorno, já que milhares de pessoas estavam sendo penalizadas pela precariedade dos serviços de água, esgotos, luz e segurança.

O Ministério Público do Estado, ao tomar conhecimento do problema, pediu providências imediatas ao poder público municipal, razão por que o município de Belém ingressou com referida ação e solicitou a concessão de ordem liminar de reintegração de posse com a determinação do desfazimento das construções e cominação de pena para o caso de novo esbulho.

Face o pedido, o Juiz de Direito da 1ª VARA DE FAZENDA DE BELEM prolatou, nos autos de Reintegração de Posse, Processo 0019183-20.2003.814.0301, a seguinte decisão:

Município de Belém, identificado na inicial às fl. 2, ajuizou a ação de reintegração de posse (com pedido de liminar) contra Maria de TAL e outros, alegando que os réus e outras pessoas invadiram áreas públicas municipais às margens dos igarapés dos canais da Travessa Quintino Bocaiúva e da Avenida Bernardo Sayão. Há pedido de liminar que passo a decidir.

A liminar deve ser deferida. A documentação juntada com a inicial é abundante no sentido da confirmação da invasão e ocupação indevida da área, inclusive há pedido do Ministério Público à municipalidade para a retirada imediata dos ocupantes. Isto posto, na forma dos artigos 927, 928 e 929 do CPC, *defiro a liminar de reintegração da posse da municipalidade na área.*

Expeça-se imediatamente Mandado de Reintegração de Posse a ser cumprido por 2 (dois) Oficiais de Justiça, com o auxílio

de força policial, com a retirada dos réus declinados na inicial e outros que lá se encontram e forem identificados pelos meirinhos encarregados da diligência, como o desfazimento das benfeitorias lá existentes. Após cumprido o mandado, nos termos do artigo 930, caput, do CPC, CITEM-SE os réus declinados na inicial e os demais que lá forem encontrados e identificados, para contestar a ação no prazo legal de 15 (quinze) dias, constando no mandado a advertência de que se a ação não for contestada, presumir-se-ão, como verdadeiros, os fatos articulados na inicial.

Oficie-se ao Comando Geral da Polícia Militar para a concessão da força policial necessária.

Int. Belém, 26 de agosto de 2003. Juiz de Direito da 14ª. Vara Cível da Capital” (BRASIL, 2011, grifos no original).

Essa decisão judicial, prolatada em 26 de agosto de 2003, após a promulgação do texto constitucional e da vigência do Estatuto da Cidade, revela como o positivismo jurídico, em seus pressupostos teóricos, ainda influencia a interpretação do ordenamento jurídico e a produção de decisões judiciais, “empanando”, de certa maneira, relevantes problemas sociais – como é o caso do déficit habitacional, problema crônico e recorrente, consequência do desenvolvimento capitalista desigual e excludente que afeta a diversos países, inclusive o Brasil.

A decisão judicial, acima transcrita, servirá como ponto de partida e como “pano de fundo” para refletirmos acerca dos pressupostos estruturantes do positivismo jurídico e como estes ainda são utilizados para justificar decisões na justiça brasileira.

Em outras palavras, o presente artigo objetiva incitar a reflexão sobre a influência do positivismo jurídico na construção de decisões judiciais. Por consequência, o artigo analisa, sob a perspectiva da Teoria do Direito, a doutrina positivista, traçando seus principais aspectos estruturantes como teoria para, após, realizar análise do normativismo jurídico, cujo maior expoente é Hans Kelsen. Esse estudo será feito de forma *entrelaçada*, pois objetiva cotejar uma decisão judicial e sua coerência com a doutrina kelseniana. Analisaremos o positivismo, suas características fundamentais, assim como realizaremos breve análise sobre a teoria pura do Direito. Vale ressaltar que o estudo é puramente doutrinário e objetiva a reflexão sobre os principais pontos estruturantes das teorias acima aludidas para, após, propiciar, por meio da análise de uma decisão judicial, atividade reflexiva que tem por objetivo demonstrar que essas teorias serviram e ainda servem para subsidiar decisões judiciais em nosso país.

Vale ressaltar que o estudo de uma decisão judicial serve como contraponto, como crítica aos limites doutrinários da doutrina positivista e da teoria kelseniana. Essa reflexão crítica traz à lume a mudança paradigmática por que passou a teoria do direito, mudança que alarga a compreensão do Direito como ciência, o entendimento do sistema jurídico e sua intrínseca relação com os fatos sociais. Por consequência, destaca-se a

importância do intérprete do Direito, sua função social e política no sentido de garantir a realização da dignidade humana e a concretização da justiça social.

2 O POSITIVISMO JURÍDICO

Norberto Bobbio (1995), ao tratar do positivismo jurídico, destaca os principais pontos da teoria, suas características, que, segundo o autor, poderiam ser resumidas em sete pontos ou problemas.

Segundo Bobbio, o positivismo possui uma forma peculiar de abordar o Direito, pois considera o Direito como um fato e não como um valor. Na perspectiva positivista, cabe ao jurista estudar o Direito tal qual o cientista estuda o mundo físico, a realidade natural. Nesse sentido, o jurista, ao abordar qualquer questão jurídica, deve fazê-lo, abstendo-se de realizar juízos de valor.

A validade do Direito como ciência para a teoria positivista se funda em um formalismo jurídico, pois a norma, em sua estrutura formal, é que deve ser analisada, restringindo-se o jurista a analisar o aspecto exterior da norma jurídica, sua validade formal ou técnico-jurídica (vigência), devendo abster-se de realizar qualquer análise do conteúdo valorativo que porventura possua a norma. Nesse sentido, Bobbio (1995) salienta que a validade da norma jurídica para o positivismo não depende do conhecimento de seu valor. Logo, a validade social (eficácia ou efetividade) e a validade ética (fundamento) não fazem parte da estrutura da norma jurídica e não devem ser consideradas na análise do Direito como ciência.

A norma é um fato natural, um comando, é o produto de um ato de vontade, que proíbe, obriga ou permite um comportamento (COELHO, 2001). Aí reside a definição de Direito para o positivismo, pois o Direito está estritamente ligado à teoria da coatividade (BOBBIO, 1995). As normas jurídicas valem por meio da força, da coercibilidade. A norma é imperativa porque possui um comando, que impõe determinado tipo de conduta que deve ser observado.

Bobbio (1995) leciona que o positivismo jurídico considera a norma como um comando, um imperativo e esta deve ser analisada no sistema jurídico e nunca de forma isolada, pois o ordenamento jurídico para o positivismo deve revelar coerência e completude.

Para o positivismo, a postura de um jurista, no que tange ao exercício interpretativo, deve ser de uma interpretação estrita, mecanicista, pois o jurista deve esclarecer e revelar apenas o elemento declarativo contido no comando normativo, logo, o jurista não deve aferir ou perscrutar qualquer conteúdo valorativo existente em determinada norma. Segundo Bobbio (1995), para o positivismo *gesetz ist gesetz* (lei é lei) e a lei deve ser obedecida de forma absoluta, apresentando-se, portanto, como uma teoria avaliativa do Direito.

Bobbio (1995), em síntese, considera que o positivismo deve ser considerado como uma forma de realização do estudo do direito, uma teoria do Direito e uma ideologia do direito. Trata-se de uma opção de estudar o Direito como se fora uma ciência com características das ciências naturais, isto é, desprovida de juízos de valor, uma ciência que objetiva alcançar sua pureza metodológica por meio da exclusão de qualquer conteúdo axiológico.

A objetividade é pressuposto para uma atitude científica, para a obtenção do conhecimento jurídico e o jurista, por consequência, deve estudar o Direito como ele é e não como deveria ser. Mais uma vez, a pureza metodológica do estudo do Direito como ciência revela que a análise do Direito como fato, para o positivismo jurídico, pressupõe a exclusão de qualquer formulação de juízo de valor, pois o Direito não é bom nem mau, não é justo nem injusto. A validade do Direito independe de seu conteúdo ideal; o Direito é tão somente sua manifestação na realidade. Para o positivismo, uma norma não é válida porque é justa; é válida em razão de ser produto da autoridade legitimada pelo ordenamento jurídico.

Como destaca Bobbio (1995), o Direito é uma simples técnica; sua existência independe de qualquer finalidade e valor.

O positivismo jurídico (em sentido estrito), vale ressaltar, tem por objetivo ser anti-ideológico, já que o Direito é o que é, independentemente de seu conteúdo, daí a sua estrutura formalista.

É interessante ressaltar um aspecto peculiar da teoria positivista, que é aquele que define o Direito em razão da coação. A concepção positivista do Direito possui intrínseca relação com a concepção do Estado, pois o Direito é o conjunto de normas provenientes da sociedade política Estado.

Se o Direito é produzido em sociedade, para a sociedade e é produto social, revela-se, contudo, apenas um prisma da sociedade, pois, paralelamente às normas morais, religiosas, costumeiras, de trato social, o Direito representa uma parcela desse conjunto normativo regulador da conduta humana.

O Direito se diferencia das outras normas existentes em sociedade, pois é, caracteristicamente, expressão da autoridade, do poder político legitimado.

O Direito está intrinsecamente relacionado com a idéia de ordem jurídica, com a existência do Estado e da autoridade. A ordem jurídica se realiza por meio do Estado, que monopoliza o uso da força, da violência. A coação é o poder que manifesta a força estatal e o Estado é a organização que detém o poder coativo, regulador. Nesse sentido, o Estado, sociedade política, realiza suas atividades e manifesta a sua força por meio da ordem jurídica. Kelsen é o maior expoente cuja doutrina trata da coação como objeto do Direito, como elemento estruturante da norma jurídica.

O Direito, para o positivismo jurídico, dá prevalência à produção legislativa estatal, logo, o Estado é produtor da lei – fonte do Direito, sendo esta prevalente sobre

todas as outras fontes. A validade de uma norma é verificada a partir da fonte autorizada e a lei é produção normativa derivada do poder legitimado do Estado.

Na teoria positivista, as decisões judiciais como fonte de direito estão subordinadas ao ordenamento jurídico, devendo o juiz aplicar a lei, não sendo a jurisprudência principal fonte do direito.

A função da atividade jurisprudencial é a de reproduzir o Direito, de explicitar seus comandos normativos por meio de métodos interpretativos puramente lógico-racionais. Não há na atividade interpretativa de um juiz qualquer ato criativo, mas tão somente esclarecedor, que consiste na atividade de perscrutar os signos lingüísticos de forma a se chegar à vontade do legislador.

Para o positivismo jurídico, a interpretação se restringe à análise do texto, da norma fria, em que se pressupõe uma postura neutra e imparcial do intérprete a fazer a subsunção dos fatos sociais à norma jurídica tal qual uma operação matemática, lógico-racional. O paradigma positivista propugna a mecânica separação entre o mundo dos fatos e o mundo das normas, logo, a atividade interpretativa não possui qualquer perspectiva crítica, pois deve restringir-se a desvelar a vontade subjetiva do legislador, sem qualquer adequação às exigências sociais, morais e históricas.

Segundo Ferraz Júnior (1980, p. 32), no positivismo jurídico,

A tarefa do jurista circunscreveu-se, a partir daí, cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento dos seus fundamentos, descambando, por fim, para o chamado 'positivismo legal' (*Gesetzpositivismus*), com autolimitação da ciência do direito ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese da 'estatalidade do direito' (grifos no original).

Para Bobbio,

O juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá a absoluta prevalência às formas, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula, e que deveriam (segundo os adversários do positivismo jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa (BOBBIO, 1995, p. 221).

Para o positivismo jurídico, o ordenamento jurídico deve expressar unidade, coerência e completude.

Müller (2007, p. 116), sobre o tema, afirma:

Como o direito racional, contra o qual ele se volta simultaneamente na pergunta pelo fundamento da vigência do

direito, o positivismo pensa axiomáticamente e quer conceber as codificações como sistema fechado, ao qual deve caber unidade bem como coerência, entendida no sentido de completude, bem como no de ausência de contradições. Procede pela dedução lógica a partir da totalidade sem lacunas do sistema legal. Aplicação do direito não deve consistir de nada mais. Ao direito racional todo e qualquer comportamento social humano se afigura normatizável e antecipável.

O ordenamento jurídico é composto de fontes do direito que estão subordinadas hierarquicamente, e há uma única autoridade que é capaz de atribuir validade ao conjunto de normas jurídicas. Porém, chega-se ao ponto nodal de justificação dos alicerces da doutrina positivista.

Se a fonte de direito é a produção normativa que é reconhecida por uma autoridade, que, por sua vez, possui o poder legitimado para definir o que é e o que não é norma jurídica, quem dá legitimidade ou autoriza o poder para a criação das normas?

Sobre o tema, Bobbio (1995, p. 200-201) afirma:

A concepção juspositivista da unidade do ordenamento jurídico nos reconduz aqui, por conseguinte, ao que dissemos a propósito das fontes do direito, que, segundo o positivismo jurídico, tais fontes são hierarquicamente subordinadas e existe uma única fonte de qualificação, vale dizer, uma única autoridade que atribui direta ou indiretamente caráter jurídico a todo o conjunto de normas. Mas o princípio da unidade formal do ordenamento jurídico coloca um problema ulterior. Se definirmos fonte do direito como o ato ou fato ao qual é vinculada a produção de normas jurídicas, o problema se formula assim: quem ou o que vincula a produção das normas a tal ato ou a tal fato? Ou, se definirmos a fonte do direito como poder legitimado (ou autorizado) a pôr as normas jurídicas, o problema se apresenta nestes outros termos: quem ou o que legitima (ou autoriza) tal poder a pôr as normas?

Para responder esta pergunta parece-nos inevitável formular a teoria de uma norma fundamental que está na base do ordenamento jurídico. Somente assim se pode fechar o sistema, assegurar a unidade formal do ordenamento.

Apesar do ordenamento jurídico manter a coerência e a unidade formal por meio da justificação do sistema e de sua autoridade por meio de uma norma fundamental, vale ressaltar que essa norma fundante, esta *Grundnorm* não é positivamente verificável, pois trata-se de uma norma suposta pelo jurista como único caminho para compreender e justificar o ordenamento jurídico. Como ensina Bobbio (1995), a unidade formal do ordenamento se justifica a partir de uma hipótese, de um postulado que não pode ser verificável.

Ao tratarem do positivismo jurídico, Peces-Barba; Fernández e Asís sintetizam os pilares da doutrina positivista:

En este sentido, si tuviéramos que simplificarlos poderíamos concluir con que se trata de una forma de concebir el Derecho que se caracteriza por: a) concebirlo como un conjunto de imperativos que forman un ordenamiento unitario, coherente y pleno; b) manejar un criterio de validez normativa de índole formal; c) defender la inexistencia de una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral o, dicho de otro modo, afirmar que aunque es posible pensar que todo Derecho expresa una opción moral, no es posible identificar unos contenidos morales que necesariamente deban estar presentes en el Derecho, por lo que a la hora de definir a éste no es posible hacer alusión a unos determinados contenidos de moralidad; d) defender el que en otras lecciones denominamos como método jurídico tradicional y, por tanto, concebir la interpretación jurídica como una tarea mecánica (PECES-BARBA; FERNÁNDEZ E ASÍS, 2000, p. 313-314)².

Em resumo, o positivismo jurídico objetiva a manutenção da completude e unidade do sistema jurídico por meio de um conjunto de imperativos cuja validade normativa é puramente lógico-formal; portanto, não há qualquer necessidade de perscrutar o conteúdo axiológico contido em uma norma. Sua validade depende tão somente da autoridade.

Após a análise dos principais pontos da doutrina positivista, direcionaremos o estudo para a teoria kelseniana, pois Kelsen é um dos maiores expoentes do normativismo jurídico.

3 TEORIA PURA DO DIREITO

A Teoria Pura do Direito – seus princípios e peculiaridades - não pode ser analisada sem contextualizá-la nos debates que foram travados nos séculos XIX e XX. Significa dizer que a teoria de Kelsen surge em um momento histórico em que são realizadas inúmeras críticas ao jusnaturalismo.

A Teoria Pura é uma teoria que propõe um novo método e objeto de estudo e de reconhecimento da ciência jurídica, pois para o autor austríaco a ciência do direito

² Neste sentido, se tivéssemos que simplificá-los, poderíamos concluir que se trata de uma forma de conceber o Direito que se caracteriza por: a) concebê-lo como um conjunto de imperativos que formam um ordenamento jurídico, coerente e pleno; b) manejar um critério de validade normativa de índole formal; defender a inexistência de uma conexão conceitual necessária entre o direito e a moral, ou, de outro modo, afirmar que, mesmo que seja possível pensar que todo Direito expressa uma opção moral, não é possível identificar conteúdos morais que necessariamente devam estar presentes no Direito, portanto, para a definição de Direito não é possível fazer alusão a determinados conteúdos morais; defender o que em outras lições denominamos como método jurídico tradicional e, portanto, conceber a interpretação jurídica como uma interpretação mecânica (tradução livre da autora).

deveria ser dotada de autonomia, neutralidade e objetividade. Esta deve estar livre de qualquer valoração e isenta dos padrões de análise típicos dos pensadores jusnaturalistas. A pureza de sua teoria revela um corte epistemológico. Kelsen dá prevalência à análise normativa, logo o Direito é norma, é uma ciência normativa, sem qualquer relação com os fatos sociais ou valores. Afirma Kelsen (1997, p. 14):

Esta es una teoría de lo que jurídica y positivamente debe ser, no de lo que naturalmente es; su objeto son normas, no la realidad natural. Por lo tanto, se distingue del derecho natural en que no quiere conocer como este último, lo que el derecho debe ser sino lo que el derecho es; es una teoría del derecho positivo, es decir, una teoría del derecho real y no del derecho ideal, una teoría de la realidad jurídica³.

Muller enfatiza que “segundo Kelsen, a ciência jurídica só pode tornar-se uma ciência como teoria das ‘formas puras’ do direito; por isso ‘qualquer conteúdo pode ser direito’” (MÜLLER, 2007, p. 116). Além disso, “para Hans Kelsen, a ciência tem por missão precípua conhecer seu objeto, daí a nítida tendência antiideológica da teoria pura do direito, uma vez que a ideologia emana da vontade e não do conhecimento” (DINIZ, 2007, p. 119).

Ferraz Júnior (2001, p. XVI e XVII) realiza síntese da teoria kelseniana, demonstrando que os argumentos para a construção de sua teoria são plenamente justificáveis quando analisados de acordo com o corte epistemológico e o método elegidos.

A redução do objeto jurídico à norma causou inúmeras polêmicas. Kelsen foi continuamente acusado de reducionista, de esquecer as dimensões sociais e valorativas, de fazer do fenômeno jurídico uma mera forma normativa despida de seus caracteres humanos. Sua intenção não foi jamais a de negar os aspectos multifaciais de um fenômeno complexo como é o direito, mas de escolher, dentre eles, um que coubesse autonomamente ao jurista. Sua idéia era a de que a ciência que se ocupasse de tudo corria o risco de se perder em debates estéreis e, pior, de não se impor conforme os critérios de rigor inerentes a qualquer pensamento que se pretendesse científico.

A noção da norma de Kelsen tem como premissa a distinção entre as categorias do ser e do dever ser, que ele vai buscar no Neokantismo de sua época. A consciência humana vê as coisas como elas são (a mesa é redonda) ou como elas devem ser (a

³ Esta é uma teoria do que jurídica e positivamente deva ser, não do que naturalmente é; seu objeto são normas, não a realidade natural. Por consequência, distingue-se do direito natural pois não quer conhecer o que o direito deve ser, mas sim o que o direito é; é uma teoria do direito positivo, isto é, uma teoria do direito real e não do direito ideal, uma teoria da realidade jurídica (tradução livre da autora).

mesa deve ser redonda). Normas, nestes termos, são prescrições de dever ser. Elas conferem ao comportamento humano um sentido, o sentido prescritivo.

(...)

Enquanto prescrição, a norma é um comando, é o produto de um ato de vontade, que proíbe, obriga ou permite um comportamento.

Embora produzida por um ato de vontade, a norma não se confunde com ele, nem tem sua existência dele dependente. Mesmo porque o autor da norma já pode ter desaparecido, sem que o mesmo suceda com a norma.

A existência da norma não é um fato natural, como a vida do seu autor.

Normas valem. Sua existência específica é sua validade.

Para que uma norma valha, a vontade do autor é apenas uma condição, mas não a razão essencial. Esta se localiza na competência normativa do autor, competência esta conferida por outra norma e assim por diante. Deste modo, Kelsen torna a ciência jurídica uma ciência pura de normas, que as investiga como entidades *a se*, no seu encadeamento hierárquico. Cada norma vale não porque seja justa, ou porque seja eficaz a vontade que a instituiu, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série finita que culmina numa norma fundamental (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. XVI e XVII, grifos no original).

As maiores críticas endereçadas à teoria Kelseniana dizem respeito ao recurso *ad infinitum* que leva até à norma fundamental, justificadora da existência e da validade de todo o sistema jurídico, pois a validade de qualquer norma depende da verificação se a mesma é legítima e compatível com a norma fundamental. “Todo o universo normativo vale e é legítimo em função dela. Mas dela não se pode exigir que seja justa. Mesmo uma norma fundamental injusta valida e legitima o direito que dela decorre” (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. XVII). Significa dizer que, para Kelsen, a legitimidade de todo o sistema está construída sobre a norma transcendental ou fundamental, que não foi criada por uma autoridade, mas que é “suposta”, que é o “pressuposto formal da razão normativa” (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. XVII). Logo, a legitimidade do sistema - justificável e legitimado a partir da norma fundamental - é decorrente da legalidade. “A norma hipotética fundamental é categoria kelseniana criada para solucionar a questão do fundamento último de validade das normas jurídicas (COELHO, 2001, p. 10-11).

O normativismo jurídico de Kelsen justifica a existência do Direito a partir do Estado, pois Estado é “o conjunto de normas que prescrevem sanções de forma a organizada” (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. XVIII). O Direito é ordem coativa, é prescrição; “una norma es un mandato” (PECES-BARBA; FERNÁNDEZ E ASÍS, 2000, p. 159). Por consequência, Estado e Direito não se distinguem.

Sem ordem jurídica não há Estado. “Diz Kelsen que todo direito é público, em relação à sua *origem e validade*, porque todo direito encontra princípio e eficiência no poder estatal, emanando da autoridade e implicando na sanção do poder do Estado” (MACHADO PAUPÉRIO, 2002, p. 89, grifos no original). A validade de uma norma jurídica é consequência de um ato de vontade oriundo do poder estatal e que tenha congruência com a norma fundamental. De fato, como lecionam Moreso e Vilajosana (2004, p. 130), para Kelsen, “el Derecho es una técnica de control social cuya característica principal es la del uso de la fuerza institucionalizada. La ordenación de esta fuerza institucionalizada es precisamente la razón de ser de un sistema jurídico”.

O reconhecimento da validade da norma jurídica restrito ao seu pressuposto lógico-formal, sem qualquer consideração de fundo axiológico, produz a abertura da teoria pura do direito a relativismos axiológicos, pois todo direito posto, se produzido por uma autoridade competente, é válido e dotado de eficácia.

4 A INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO SOBRE DECISÕES JUDICIAIS

Feitas essas breves considerações sobre a doutrina positivista e como o normativismo jurídico se estruturou como teoria do direito e método de conhecimento da ciência do direito, objetivamos, nesse segundo momento, realizar algumas reflexões sobre o paradigma positivista, e por consequência, sobre a teoria kelseniana. Essa análise tem por foco a sentença judicial – exposta sinteticamente na introdução – em que seus termos revelam uma decisão baseada em pressupostos teóricos da doutrina positivista. Vale dizer, essa análise será feita de forma *livre*, isto é, sem uma estruturação determinada. Apenas pinçaremos alguns pressupostos teóricos das teorias acima analisadas, cotejando-os com pontos específicos da decisão judicial, objetivando tão somente apontar os efeitos de aludida decisão e sua repercussão social, e por conseguinte, os limites teóricos que apresente.

A decisão prolatada pelo juiz, na perspectiva do normativismo jurídico, é totalmente adequada. Face o pedido, o magistrado, ao verificar os fatos e os fundamentos jurídicos, concedeu medida liminar para a Reintegração de Posse a ser cumprida por dois Oficiais de Justiça, com o auxílio de força policial, com a retirada dos réus declinados na inicial e outros que lá se encontrassem e fossem identificados pelos meirinhos, justamente porque o pedido estava embasado em norma jurídica que diz que espaço público não pode ser ocupado.

O processo intelectual que levou o magistrado a fundamentar sua decisão parte do pressuposto teórico de que a norma vigente deve ser aplicada como um comando que proíbe a ocupação de espaços públicos. O raciocínio efetuado – ao que parece – limita-se a dar vigor a uma norma imperativa que impõe determinado tipo de conduta que deve ser por todos observada!

O juiz deu cumprimento ao pedido formulado na inicial - a retirada imediata dos invasores que não possuíam local para moradia - e o fez sem qualquer análise dos efeitos fáticos que sua decisão, ao ser cumprida, causaria.

O juiz restringiu-se a interpretar os textos legais que serviram para embasar a fundamentação legal do pedido formulado pelo município, sem aprofundamento sobre a questão social que o caso trazia à tona. A fundamentação de sua sentença é estritamente positivista haja vista que não há qualquer consideração sobre os efeitos dessa decisão na vida dos invasores. Vale ressaltar que a decisão é pela retirada imediata dos invasores, sem considerar para onde iriam inúmeras famílias que, em razão das condições de miserabilidade, destinaram as margens do canal para a construção de suas moradias.

Não houve, por parte do magistrado, qualquer ponderação acerca da responsabilidade estatal em viabilizar àqueles miseráveis o acesso à moradia digna, desafio intrinsecamente relacionado à concretização material de direitos fundamentais, em suma, um problema relacionado a políticas públicas e às ações governamentais. Não houve, em sua fundamentação, qualquer alusão aos efeitos do cumprimento da norma sobre a realidade, ou seja, não houve – na decisão judicial – qualquer preocupação acerca do destino dessas famílias, revelando, portanto, uma interpretação formalista e coerente com o pedido formulado, tendo o magistrado abordado os fatos para apenas subsumi-los à determinação contida no comando normativo.

Referida decisão judicial reflete os pressupostos que fundamentam o positivismo jurídico, que considera que o Direito é uma ciência dedutiva e que os conceitos jurídicos fundamentais devem ser extraídos do ordenamento jurídico sem qualquer possibilidade de análise crítica. Aliás, no normativismo de Kelsen, o juiz não cria o Direito, apenas o desvela por meio do processo intelectual de análise dos conteúdos lingüísticos contidos na estrutura normativa.

Como ressaltado em momento anterior, Bobbio (1995) leciona que o positivismo jurídico também é uma ideologia. Como ideologia, não há qualquer comportamento valorativo face à realidade justamente porque o positivismo jurídico e a teoria pura de Kelsen objetivavam a manutenção de uma postura neutra do juiz perante o Direito. O Direito é norma. A ideologia positivista se expressa no dever absoluto ou incondicional em obedecer à lei. E foi exatamente isso o que fez o magistrado! Aplicou a norma e afastou os problemas crônicos subjacentes à ocupação daquele espaço público, vez que o surgimento das favelas, ocupações irregulares de espaços públicos e privados, é prova incontestante do processo de urbanização desenfreado, que deve ser analisado juntamente com o desenvolvimento econômico e a industrialização brasileiros, bem como com os demais fatores políticos, culturais e sociais a ele interrelacionados.

As consequências sociais de aludida decisão judicial são de somenos importância para o positivismo jurídico. O importante é que ela, sob a perspectiva kelseniana, é válida e eficaz; possui um conteúdo normativo dotado de autoridade. Logo, torna-se inquestionável o seu caráter jurídico.

Se a norma é um fato natural, um comando, é o produto de um ato de autoridade, basta ao juiz analisar a norma como forma de realizar o direito. Nesse sentido, afirma Bobbio (1995, p. 226):

O absolutismo ou incondicionalismo da obediência à lei significa para a ideologia positivista também uma outra coisa: significa que a obrigação de obedecer a lei não é apenas uma obrigação jurídica, mas também uma obrigação moral. O que se quer dizer é que o homem deve obedecer as leis não só por motivos externos, mas também por motivos internos, não só porque a isto é constrangido, mas porque está convencido de que tal obediência é uma coisa intrinsecamente boa: obediência não por constrição, mas por convicção.

A norma é um fato natural, um comando, é o produto de um ato de vontade. Para a manutenção da pureza metodológica no estudo do Direito e sua aplicação como ciência, basta ao juiz adotar uma atitude científica para a obtenção do conhecimento jurídico. Deve analisar o Direito como ele é; e não como ele deveria ser. Deve, portanto, apenas explicitar seus comandos normativos por meio de métodos interpretativos puramente lógico-rationais.

Contudo, a Lei de Introdução às normas do direito brasileiro (redação dada pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010) determina que na aplicação da lei, o juiz deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige bem como as exigências do bem comum (artigo 5º).

Esse dispositivo legal afirma que o papel do juiz deve ser o de julgar tendo em vista a realização do bem comum. Logo, qualquer sentença, por seus fundamentos e pelo dispositivo, deve debruçar-se sobre os conteúdos que alberga e seus efeitos na sociedade. No entanto, o juiz, ao prolatar sua decisão, não realizou interpretação do sistema jurídico, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de sua decisão atacar diretamente o núcleo da dignidade de todos os invasores.

Apesar de o juiz ter o dever de julgar nos estritos limites da ação e do pedido nele contido, não se pode, na atualidade, pensar na aplicação do Direito sem considerar o núcleo principiológico contido no texto constitucional, que constitui conjunto de parâmetros a definir a atuação estatal, a produção legislativa e a construção jurisprudencial. Em verdade, a interpretação do sistema jurídico – seu conhecimento – depende da interpretação dos princípios, sobremaneira o da dignidade humana, que serve de *filtro* para recepção de normas e regras que com ele sejam compatíveis.

A falta de análise sobre os efeitos de sua decisão – a retirada imediata dos invasores – sem determinar que o município envidasse esforços para o remanejamento das famílias de forma que pudessem estar em local seguro, digno, livre de acidentes e de outros tipos de catástrofes é uma falha que a decisão judicial contém, falha que não

pode mais ser aceita face à necessidade de cumprimento dos fundamentos da República, dentre eles, a necessidade de concretização da Justiça Social (arts. 1º. ao 4º. CF).

O Brasil - como signatário de declarações e convenções internacionais sobre direitos humanos - já tinha por obrigação proteger e assegurar o efetivo acesso à moradia (já que estes tratados e convenções têm força vinculante). O direito à moradia é direito fundamental implicitamente inserido em nosso texto constitucional, quando o constituinte dispôs, no artigo 5º., parágrafo 2º., ter a norma constitucional conferido vigência aos direitos e garantias oriundas de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. A partir da Emenda Constitucional de nº. 26, torna-se o direito à moradia componente dos direitos sociais, inscrito no artigo 6º. da Constituição Federal⁴.

A Agenda 21, produzida durante a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro (ECO- 92), ao versar em seu capítulo 7 sobre assentamentos humanos, dispôs no item 6: “ O acesso a uma habitação sadia e segura é essencial para o bem-estar econômico, social, psicológico e físico da pessoa humana e deve ser parte fundamental das ações nacionais e internacionais (...)” (SAULE JÚNIOR, 1999, p. 327).

Para Agenda Habitat, habitação digna é aquela que apresenta condições de vida sadia, com segurança, com infra-estrutura básica como suprimento de água e saneamento básico, energia, prestação eficiente de serviços públicos urbanos, acesso à saúde, à educação, ao transporte coletivo, à coleta de lixo. Habitação digna, para a Agenda Habitat, deve ser aquela em que se faz possível ir e vir em segurança e aquela que não esteja localizada em áreas suscetíveis a desastres naturais (Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos, 2000).

A partir da Emenda Constitucional de nº. 26, cabe aos poderes públicos a obrigação de tornar possível que populações desprovidas de local para viver tenham acesso à habitação, viabilizando, gradativamente, habitação sadia, segura, protegida, acessível, com a prestação efetiva de serviços básicos de forma aos cidadãos exercerem plenamente sua liberdade; e que o acesso à moradia se realize para todos, sem

⁴ O texto constitucional, em seu artigo 6º. , prescreve que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. O artigo 23, por sua vez, afirma que: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX – *promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*”. O artigo 182, considera que: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. O Estatuto da Cidade, por sua vez, ao tratar das diretrizes para o desenvolvimento das políticas urbanas, determina que : “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;”.

discriminações, assim como é competência estatal a regularização gradativa das posses em assentamentos urbanos.

5 CONCLUSÃO

O conceito de justiça, tal qual o de Direito, o de norma jurídica, não podem ser analisados senão a partir de sua aplicação e/ou implicação em sociedade. Isto é, o sentido do que é justo é teórico e só pode ser evidenciado em confronto com a realidade. Não há uma definição prévia de justiça. Podem existir, no entanto, diversas teorias que tratem sobre a concepção de justiça, porém só sabemos o que é justo no momento em que cotejamos a aplicação da norma jurídica ao fato social, à realidade. Esse argumento é corroborado quando pensamos que uma lei, após a promulgação, passa a vigir em sociedade, regulamentando a conduta humana. Porém, não existe qualquer garantia de que a norma, antes de sua aplicação, seja verdadeiramente justa. O conteúdo de justiça, expresso em normas jurídicas, só pode ser *medido*, *sentido* e *vivido*. Em outras palavras, é em sociedade que se avalia o “conteúdo justo” de uma lei.

No caso em análise, a decisão judicial deveria considerar o objeto da ação judicial - a retirada das famílias em razão da realização do interesse público (obras de infraestrutura) – assim como deveria também perscrutar a obrigatoriedade que o poder público tem de assumir, de garantir o direito à moradia digna de várias famílias que habitam às margens de um canal, na cidade de Belém-PA.

Sabe-se que os assentamentos informais representam uma alternativa de moradia para as classes baixas que não podem pagar pelos altos custos da terra urbanizada e a Regularização Fundiária, por sua vez, representa um importante instrumento para diminuir a informalidade da moradia popular.

Por consequência, os programas de regularização fundiária plena – a serem promovidos pelos entes da Federação – são imprescindíveis para que se materializem os princípios constantes do Estatuto da Cidade, quais sejam a função social da propriedade e o direito às cidades sustentáveis. Partindo da legalização e da segurança jurídica da posse, da urbanização dos assentamentos precários e de um conjunto de ações e de outras políticas públicas voltadas para essas populações, é que se conseguirá romper com o ciclo de pobreza no qual vivem milhares de pessoas nas cidades.

Infelizmente, os postulados do positivismo jurídico ainda são úteis e muito utilizados no trabalho intelectual dos juristas. Todavia, como ressalta Müller (2007), a grande limitação da teoria kelseniana é a de restringir a função interpretativa, e chama a atenção o autor que trata-se de teoria que está em colapso.

Se os paradigmas da pós-modernidade clamam por uma nova ciência do direito cuja aplicação esteja embasada em teorias que gerem e produzam mais justiça social, claro está que, se o normativismo de Kelsen foi útil em determinado momento histórico

em que se pressupunha a possibilidade de dizer o Direito de forma apartada da realidade social, hoje, pensar em Direito pressupõe o conteúdo do justo, logo, a função do jurista é eminentemente política e desprovida de neutralidade. Não há como se pensar o Direito senão por meio da realização da Justiça Social. E disso depende uma postura crítica, avançada e holística dos intérpretes do Direito para que consigam analisar a realidade, refletir sobre os diversos conflitos que subjazem ao problema cuja solução deverão estabelecer.

LEGAL POSITIVISM AND ITS INFLUENCE ON JUDICIAL DECISIONS

ABSTRACT: The legal positivism is a doctrinal movement that addresses the law as an expression of authority where the validity of the norm is limited to the technical-legal aspect. Kelsen, with his purist theory, reveals the dogmatic rationalism that in his theoretical assumptions also influences the interpretation of the legal system and the production of judicial decisions. This article aims to reflect on the influence of legal positivism on the interpretation of the legal system and on the production of judicial decisions based on the analysis of a judicial decision. This will serve as a “backdrop” for reflection on the structuring principles of legal positivism. Consequently, the article presents brief considerations on the positivist doctrine and the legal normativism in order to enable reflections on the theoretical assumptions of the positivist doctrine and its influence in the production of judicial decisions.

KEYWORDS: Legal Positivism. Kelsenian theory. Legal formalism. Juridical system. Judicial decisions. Human dignity

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Decreto-lei no. 4.657/42. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm, em 13 de março de 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. *Estatuto da Cidade* (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001). São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, 1ª Vara de Fazenda de Belém. Ação de Reintegração de Posse. Liminar deferida em favor do Município de Belém. Processo 0019183-20.2003.814.0301. Ivan da Silva Barbosa, Maria do Perpetuo Socorro dos Santos Vasconcelos, Maria Joana Pereira Batista, Ademir Silva de Lima e outros e Município de Belem. 26/08/2003, Sentença. <http://200.217.195.102/RelatoriosLibra/libra/gerarDocumentoCompleto.do?cdprocesso=00191832020038140301>, em 4 de abril de 2011).

COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos. URL=[/un/habitat/agenda/espanol/ist-decs.html](#), 11 de maio de 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2005

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. In: COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Da interpretação especificamente constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 32, n. 128, p. 255-59, out./dez. 1995.

KELSEN, Hans. *¿Qué es la teoria pura del derecho?* Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 1997.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO PAUPÉRIO, Artur. *Introdução do estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORESO, J. J.; VILAJOSANA, J.M. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PECES-BARBA, Gregório; FERNÁNDEZ, Eusébio; ASÍS, Rafael de. *Curso de teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SAULE JÚNIOR., Nelson (Org.). O direito à moradia como responsabilidade do estado brasileiro. In: SAULE JÚNIOR, Nelson. *Direito à cidade*. Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. Saule Júnior, Nelson (Org.). São Paulo: Max Limonad, 1999.

MACCORMIK, HART E DWORKIN, TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO: O POSITIVISMO E O USO DE PRINCÍPIOS COMO JUSTIFICAÇÃO JURIDICAMENTE VÁLIDA PARA AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS.

HÉLIO RUBENS PINHO PEREIRA¹

RESUMO: Neil MacCormick, catedrático de direito público da Universidade de Edimburgo na Escócia, apresenta uma detalhada e refinada teoria da argumentação em sua obra “Argumentação jurídica e teoria do direito”. Seu trabalho possui uma forte pretensão prática. O autor analisa vários casos concretos decididos pelos tribunais do Reino Unido e, a partir desses precedentes, elabora sua teoria da argumentação. Trata-se de uma verdadeira reconstrução racional e sistemática dos métodos e tipos de argumentos mais utilizados pelos tribunais, e que, após seu processamento científico, são reapresentados como uma teoria da argumentação bastante funcional para a prática pretoriana. O resultado de seus estudos garante uma teoria da argumentação coerente e coesa ao sistema jurídico positivado. Isso não impede, entretanto, que o autor reconheça a importância e a utilidade dos princípios jurídicos como justificativas para as decisões judiciais. Essa ampla visão do direito permite conciliar uma abordagem positiva do direito (norma de reconhecimento), com a abertura do ordenamento para as questões axiológicas ligadas aos princípios jurídicos reconhecidos pela legislação ou pela gradual jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da argumentação. Positivismo jurídico. Princípios. Fundamentação das decisões judiciais.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 JUSTIFICAÇÃO POR DEDUÇÃO. 3 NORMA DE RECONHECIMENTO. 3 NORMA DE RECONHECIMENTO. 4 JUSTIFICAÇÃO DE SEGUNDA ORDEM. **4.1 Princípios gerais de direito. 4.2 Princípios Jurídicos. 4.3 Analogia.** 5 JUSTIFICAÇÃO CONSEQUENCIALISTA. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

¹ Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará (Cesupa), especialista em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. E-mail: heliorubens@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Na obra “Argumentação jurídica e teoria do direito”, Neil MacCormick busca construir uma teoria geral da argumentação jurídica, mas também descreve e explica de forma prática vários métodos e tipos de discursos apresentados pelos tribunais como justificativa para suas decisões. O autor vai da teoria para prática e vice-versa, numa espécie de análise circular, na qual um estrato alimenta o outro e permite uma reconstrução racional da prática dos tribunais.

Sua argumentação jurídica é apresentada como uma espécie do raciocínio prático, que toma a razão como o elemento nodal para decidir.

A análise parte da premissa de que o ser humano possui uma natureza autônoma e praticamente racional. A autonomia confere liberdade ao homem, ao passo que a racionalidade guia essa liberdade de forma relativamente coerente.

Diz o autor:

Esse livro tem como objetivo uma explicação da argumentação jurídica. Ele considera a argumentação jurídica como uma ramificação da argumentação prática, que consiste na aplicação da razão por parte dos seres humanos para decidir qual é a forma correta de se comportarem em situações onde haja escolhas. (MACCORMICK, 2006, p. IX).

Sendo, contudo, um **racionalista moderado** (perspectiva de sua análise), MacCormick acredita que a razão não possui potência para domesticar plenamente nossas paixões, nosso egoísmo, nossas escolhas fundamentais em termos de princípios para a ação. A razão individual não seria, por si só, capaz de garantir a coexistência social.

Esse estado de coisas justificaria a existência do direito, como entidade institucional provida de autoridade sobre os indivíduos, agora, relativamente autônomos. A necessidade do direito se torna evidente a partir do momento em que se constata as limitações da racionalidade individual. A própria razão prática sugere a **conveniência** de consolidar determinados princípios e regras, no afã de garantir ou, pelo menos, facilitar a vida social.

O direito posto seria produto da razão e funcionaria como um tipo de racionalidade coletiva, construída para suprir as limitações da racionalidade individual.

Sobre o papel que a razão desempenha na organização das relações humanas, MacCormick esclarece:

Se existem atos que são sempre errados simplesmente em virtude da natureza dos seres humanos – ou, em termos mais gerais, da “natureza das coisas” – pode-se chegar à conclusão de que o exercício da razão deveria bastar para determinar quais atos são

certos ou errados por natureza. E, mesmo no caso de questões de uma arbitrariedade mais aparente, como, por exemplo, as regras de estacionamento ou as regras associadas a pesos e medidas, pode-se argumentar que a razão nos revela a necessidade de ter alguma norma como padrão comum. (MACCORMICK, 2006, p.4).

Mas a razão é uma ferramenta; ela, em si, não possui conteúdo. É necessária a fixação de certas premissas (normas) para que, por meio da razão, seja possível chegar a alguma conclusão derivada delas.

A noção de estado de direito se ajusta ao raciocínio até aqui desenvolvido. A existência de normas positivadas, dadas ao conhecimento dos cidadãos, garante segurança e previsibilidade. O indivíduo pode até, ponderadamente, discordar de determinada norma e, a partir disso, descumpri-la, mas saberá de antemão as consequências de seu comportamento. Nessa medida, a própria estrutura fundamental do direito funciona como uma razão prática em si, algo como um sistema de recompensas e punições.

O pensamento de MacCormick deixa evidente a importância do processo de aplicação das normas para a atividade jurídica. A razão indica a necessidade de normas, mas como aplicá-las, por que métodos?

O raciocínio dedutivo e até mesmo a lógica possuem papel fundamental em sua teoria da argumentação. Assim, o método silogístico (Norma² + Fato³ = conclusão) terá destacada importância no processo de aplicação justificada do direito.

O autor, entretanto, reconhece que a abordagem dedutiva não esgota a argumentação jurídica. Outros elementos – não dedutivos – compõem as justificativas jurídicas, corriqueiramente adotadas pelos tribunais.

As normas não são perfeitas. Seus conteúdos, muitas vezes, são vagos, ambíguos, ou mesmo omissos sobre determinados eventos da realidade. Percebe-se, assim, que a argumentação a partir das normas positivas pode nos levar somente até certo ponto.

A **interpretação** do texto normativo permite controvérsia, a verificação dos fatos da realidade é, de regra, uma reconstrução imprecisa que dificulta sua **classificação** como fato operativo. E, por fim, mesmo quando o fato esteja claro, apresenta-se corriqueira a discussão sobre a **pertinência** da norma para o caso, ou mais precisamente, da existência de norma para o caso.

A essas três dificuldades listadas acima, MacCormick denomina, respectivamente, de problemas endêmicos de interpretação, classificação e pertinência.

Como se nota, o método dedutivo apresenta dificuldades na seara jurídica. Nossa premissa maior (norma), não é exatamente uma premissa, se avizinha mais a um problema interpretativo. O mesmo pode ser dito dos fatos e das consequências jurídicas.

² Normas: são proposições hipotéticas que descrevem fatos operativos e estabelecem consequências jurídicas caso esses fatos ocorram no mundo real.

³ Fatos: eventos verificáveis no mundo fenomênico e que se enquadram na descrição legal.

O reconhecimento dessas dificuldades, no entanto, não esvazia a fé de MarcCormick no método dedutivo a partir da norma, que segue funcionando como uma **espécie de ponto de ancoragem** para a interpretação jurídica não dedutiva.

Todas as vezes em que as leis apresentam falhas e, não obstante os tribunais são chamados a decidir, torna-se necessário o recurso à analogia e aos princípios gerais de direito, a fim de se alvitrar uma solução juridicamente justificável (justificação de segunda ordem).

Esses elementos não dedutivos da argumentação jurídica “surtem tanto antes como depois da parte dedutiva, mas acabam sempre se voltando para ela, e são inteligíveis em virtude da relação que têm com ela” (MACCORMICK, 2006, p. IX).

As regras jurídicas positivas figuram como formulações relativamente concretas de princípios mais abstratos que se espraiam em uma sociedade democrática (pelo menos em teoria).

Para o autor:

Uma sociedade bem organizada e mais ou menos democrática (ou mesmo um governo aristocrático ou um despotismo bem organizado e genuinamente benevolente) deve oferecer-se para conduzir os assuntos públicos de acordo com alguns princípios aceitáveis de associação humana. No entanto, estes são por si altamente contestáveis, e ainda mais quando se trata de reduzir princípios aceitáveis a formulações mais específicas para lidar com situações que ocorram habitualmente de uma forma aceitavelmente equilibrada. Posições de rivalidade referentes a princípios, ou perspectivas conflitantes da adequação contextual do equilíbrio ou da prioridade de princípios, exercem pressão para o estabelecimento de normas que afirmem uma determinada posição com foco em determinados tipos de situação.

O processo político tem sua atenção desviada pelo debate a respeito do justo equilíbrio e determinação de princípios, bem como pelo impacto dessas determinações sobre os interesses de indivíduos e classes. O processo legislativo é o que confere forma determinada ao resultado momentâneo do debate político, pela promulgação de normas com o objetivo de solidificar uma perspectiva específica da ordem das coisas justificáveis em princípio, numa dada área de interesse. Essas normas promulgadas merecem, portanto, um respeito especial. Por si só, elas nunca são suficientes para resolver todas as controvérsias, mas podem pelo menos enfocar pontos de controvérsia em casos específicos; e a solução de controvérsias por meio da interpretação das normas mantém em jogo os argumentos de princípios subjacentes às normas, embora de modo diferente do que ocorre no próprio processo político. Uma lógica semelhante baseada em princípios está implícita no uso de precedentes como

método para a determinação ou como elemento na determinação de normas relativamente detalhadas para a condução das atividades humanas. (MACCORMICK, 2006, p. XI-XII).

A criação de um sistema jurídico pressupõe a existência de instituições dotadas de autoridade para exigir o cumprimento de seus preceitos; e os funcionários superiores irão atuar dentro de um processo público e dialético, no qual terão de apresentar suas razões para decidir.

Os tipos de argumentos mais invariáveis apresentados pelos tribunais para justificar suas decisões serão objeto de estudo e servirão de ponto de partida para a construção de uma teoria da argumentação.

Sobre essa questão, averba MacCormick:

Qualquer estudo da argumentação jurídica é, portanto, uma tentativa de perscrutar e explicar os critérios referentes ao que constitui um tipo positivo ou negativo, aceitável ou inaceitável de argumento perante a lei. (MACCORMICK, 2006, p. 16).

A argumentação jurídica desenvolvida em um demanda judicial possui **função justificatória da decisão efetivamente adotada**. E somente os argumentos que, à luz do “ordenamento demonstram por que motivo se deveria fazer x são razões para exigir que se faça x, ou para fazê-lo”. (MACCORMICK, 2006, p. 19).

O autor arremata:

Logo, a noção essencial é a de dar (o que se entende por, e é apresentado como) boas razões justificatórias em defesa de reivindicações ou decisões. O processo que vale estudar é o processo de argumentação como processo de justificação. (MACCORMICK, 2006, p. 19).

2 JUSTIFICAÇÃO POR DEDUÇÃO

Nos últimos tempos, o método dedutivo vem sofrendo críticas por grande parte da doutrina jurídica. Apesar de algumas dessas apreciações negativas apresentarem fundamento, para MacCormick, muitas vezes é possível “demonstrar em termos conclusivos que uma determinada decisão é legalmente justificada por meio de argumentação puramente dedutiva”. (MACCORMICK, 2006, p. 23-24).

Para demonstrar a possibilidade de justificação puramente dedutiva, o autor apresenta exemplo concreto julgado por um tribunal, cuja fundamentação deita raiz no argumento dedutivo.

Não cabe, aqui, repetir o exemplo exposto no livro. Afeiçoa-se de maior interesse, apresentar casos mais próximos da realidade brasileira. Essa escolha serve, inclusive, para demonstrar a pertinência da teoria em relação ao ordenamento nacional.

A ideia possui uma matriz simples: a lei descreve abstratamente um fato do mundo (fato operativo) e determina que, sendo ele verificado no plano da realidade, certas consequências jurídicas deverão ocorrer (conteúdo eficaz).

O pensamento dedutivo produz uma certeza formal. Se as premissas apresentadas acarretarem uma conclusão específica, a assertiva será formalmente válida.

A verdade material pode não ser atingida por esse método. Basta que uma das premissas seja materialmente falsa, para acarretar a falsidade material da conclusão. Isso, entretanto, não retira a correção formal do raciocínio dedutivo que, em si, permanece hígido.

O argumento por dedução, apesar de não resolver todos os problemas interpretativos, possui o grande mérito de evitar contradições internas em um discurso argumentativo. Essa, aliás, deve ser, necessariamente, uma das principais preocupações de qualquer operador do direito.

Vamos adotar duas premissas simples: a) matar alguém é crime; b) Paulo matou Jorge. Conclusão c) Paulo cometeu um crime. Consequência: pena de reclusão de seis a vinte anos.

Parece evidente que, tomando as premissas como verdadeiras, o pensamento dedutivo apresenta uma resposta justificada perante a norma de regência.

Talvez a simplicidade do método, retire o “glamour” do debate jurídico, mas não é possível negar sua utilidade. A dedução evita erros do tipo: a) matar alguém é crime; b) Paulo matou Jorge. Conclusão c) Paulo é inocente.

Em casos complexos, no qual existam muitas premissas a serem consideradas, o rigor lógico evita contradições no discurso, e elimina pelo menos esse nível de preocupação.

MarcCormik não foge da crítica de que as premissas podem facilmente apresentar dificuldades. Paulo pode, de fato, não ter matado Jorge - no que pese as provas indicarem o contrário. A eventual condenação seria injusta, mas estaria formalmente correta (problema na premissa de fato).

Antes que vozes de protesto se levantem, deve ser antecipado que MarcCormick não se satisfaz apenas com esse nível formal de análise. Outras abordagens argumentativas irão se somar e se entremear no decorrer do **processo** de decidir. O autor chama atenção tão-somente para a utilidade basilar do método dedutivo.

A dedução também apresenta dificuldades no momento da interpretação do texto normativo (problema na premissa jurídica). A Constituição Federal do Brasil, em seu art. 14, § 7º, estabelece, em linhas gerais, que são inelegíveis os cônjuges dos chefes do executivo dentro da jurisdição eleitoral de seus mandatos.

Carlos é casado com Adriana. Carlos é prefeito do Município de Altamira e concorre à reeleição. Adriana está disputando o cargo de vereadora neste mesmo município; conclusão: Adriana está inelegível.

Problemas: o que significa a palavra cônjuge? O casamento religioso vale? Ou somente o casamento civil? E a união estável?

Analizando literalmente o texto, a inelegibilidade atingiria somente aquelas pessoas que tem o casamento registrado em cartório. Mas isso parece adequado ao escopo que a lei pretendeu tutelar?

Respostas a essa pergunta terão de ser encontradas por outros métodos para, somente depois, a dedução apresentar alguma utilidade.

Apenas por curiosidade, no caso brasileiro, a jurisprudência estendeu o conceito de cônjuge inicialmente para as uniões estáveis. Tempos depois, a restrição do direito fundamental de cidadania (direitos políticos passivos) foi aplicada também para casais homo afetivos.

De qualquer sorte, depois de fixadas as premissas (problema de interpretação, pertinência ou classificação), o método silogístico ordinariamente apresenta sua utilidade.

MarcCorrmick descreve essa ferramenta argumentativa da seguinte forma:

Uma argumentação dedutiva é uma argumentação que se propõe a demonstrar que uma proposição, a conclusão da argumentação, está implícita em alguma outra proposição ou proposições, as “premissas” da argumentação. Uma argumentação dedutiva será válida se, não importa qual seja o teor das premissas e da conclusão, sua forma for tal que suas premissas de fato impliquem (ou acarretem) a conclusão. Com isso, o que se quer dizer é que seria uma contradição que alguém afirmasse as premissas e ao mesmo tempo negasse a conclusão. (MACCORMICK, 2006, p. 26-27).

A exigência de fundamentação confere máxima eficiência ao método silogístico. É improvável que um Juiz, pura e simplesmente, afirme que “A” matou “B” e que, portanto, ele deve ser absolvido.

No caso do tribunal do júri isso pode ocorrer. Como não há necessidade de fundamentação, o jurado pode fixar a premissa maior (matar é crime) e a premissa menor (“A” matou “B”) e, ainda assim, concluir pela absolvição. O jurado pode, para exemplo, justificar a absolvição com base em seus valores religiosos. A decisão se manterá somente porque esse tipo de julgamento dispensa a fundamentação explícita, mas, do ponto de vista jurídico, o argumento religioso não representa uma justificação válida.

Mesmo um juiz fervoroso em sua religião, dificilmente fixaria as premissas acima e, ainda assim, absolveria o réu. A necessidade de fundamentar a partir da lei, a possibilidade de recurso e a crítica jurídico-profissional certamente o tolheriam. Logo,

nota-se que a estrutura de raciocínio oferecida pela lógica dedutiva auxilia na diminuição do arbítrio das decisões judiciais.

O método dedutivo corrobora ainda na compreensão dos sistemas de ônus de prova previstos nas legislações processuais.

O autor de uma demanda tem a seu dispor todos os fatos do mundo fenomênico. Ele elege aqueles que lhe parecem favoráveis e os leva a juízo. É razoável, nesse contexto, que o ônus de prová-los seja seu. Reflexamente, concluir que o réu seja culpado simplesmente com base na alegação (não provada) do autor, evidenciaria uma arbitrariedade do ponto de vista lógico.

Não é possível chegar a uma conclusão com base na lógica formal sem as premissas. No caso, condenar o réu sem a existência de prova da premissa menor (fatos), poderia até representar uma decisão justa (na hipótese de ele ser culpado, e apenas não haver provas), mas não seria exata do ponto de vista da lógica dedutiva.

3 NORMA DE RECONHECIMENTO

Foi visto no item acima, que, comprovado o fato operativo, caberá ao juiz aplicar a norma jurídica válida e pertinente ao caso, liberando, com isso, o conteúdo eficaz predefinido. Esse procedimento é guiado pela lógica dedutiva.

Contudo, a dedução não fornece qualquer critério de reconhecimento que permita dizer o que é o direito. O juiz deverá aplicar aos fatos provados os mandamentos de Moisés? Os costumes do local? O regimento interno de um clube de críquete? Princípios morais?

A obra de MarcCormik trata desse tema essencial de forma ancilar. Isso não deve, entretanto, representar surpresa. Seu livro tenta desenvolver uma teoria da argumentação e não uma teoria do direito.

Mas o próprio autor reconhece a importância de uma teoria do direito para a teoria da argumentação e vice-versa, diz ele:

Uma teoria da argumentação jurídica exige uma teoria do direito e é exigida por esta. Como se viu no capítulo III, qualquer explicação da argumentação jurídica, e não apenas a explicação aqui apresentada, faz pressuposições sobre a natureza do direito. Do mesmo modo, teorias sobre a natureza do direito podem ser testadas em termos de suas implicações relativas à argumentação jurídica. (MACCORMICK, 2006, p. 299).

A crença de MarCormick na dedução a partir da lei, deixa transparecer seu alinhamento à premissa positivista de uma norma de reconhecimento que indique, em

termos práticos (um teste), o que é o direito, ou melhor, o que compõe o ordenamento jurídico válido.

MarcCormick vale-se da teoria do professor inglês H.L.A Hart, em sua obra “O conceito do direito”, para descrever o processo de validação (teste de validade) das norma jurídicas.

Na obra referida, Hart (2012) elaborou uma teoria que parte da ideia de que os ordenamentos jurídicos complexos são compostos de normas primárias, que buscam regulamentar a conduta humana; e de normas secundárias de reconhecimento, que, a seu turno, conferem poderes, competência para criar novas leis, modificá-las, para julgar casos concretos e etc.

O professor Inglês afirma que a norma de reconhecimento de um país deve, no mínimo, ser socialmente aceita pelas autoridades máximas do Estado. Essa aceitação parte de um ponto de vista interno, isto é, esses agentes devem tomar a norma de reconhecimento como critério para *avaliar* seus próprios comportamentos e o comportamento dos demais integrantes da sociedade.

Então, para Hart, norma jurídica válida seria aquela produzida em conformidade com a norma de reconhecimento de uma sociedade.

De acordo com a Constituição Federal Brasileira (art. 59), normas jurídicas são aquelas elaboradas pelo Congresso Nacional, por meio dos procedimentos legislativos. São elas que podem ser utilizadas para justificar uma decisão judicial.

Realmente, a teoria do direito adotada irá influenciar os tipos de justificativas que uma teoria da argumentação convergente poderá se valer. Admitindo que o direito é aquilo que a norma de reconhecimento aponta, como MacCormick pode conciliar sua premissa positivista do direito, com a utilização de princípios não previstos na lei para fundamentar decisões judiciais?

Para Hart (2012), quando a lei era omissa ou imprecisa, ou, ainda, quando não havia lei para o caso, o juiz deveria decidir de acordo com seus próprios valores e conceitos jurídicos, em um tipo de arbítrio forte.

Essa posição se afeiçoa consentânea à premissa positivista. Se não há norma ou ela não esclarece como deve ser decidido o caso concreto, não restaria espaço para uma teoria da argumentação jurídica. Esse seria um campo para o arbítrio judicial, mais ou menos, à moda legislativa.

Apesar de todas essas dificuldades teóricas, provar que não existe incompatibilidade entre a utilização de princípios e a premissa positivista será o esforço de MacCormick ao abordar o que denominou de justificação de segunda ordem.

4 JUSTIFICAÇÃO DE SEGUNDA ORDEM

Ficou evidente até o momento, que os juízes têm o dever de fazer justiça de acordo com a lei. Tendo a norma como premissa maior e por meio do método silogístico devem

resolver os problemas concretos. Em muitos casos, essa primeira ordem de justificação se apresenta suficiente para fundamentar as decisões judiciais.

Entretanto, quando surgem os problemas endêmicos de interpretação, pertinência e classificação, uma segunda ordem de justificativas devem surgir para solucionar os casos.

Escreve o autor:

O que dizer de nossos problemas de interpretação e pertinência? Já estabelecemos que a decisão em casos que levantem esses problemas não pode ser plenamente justificada pela simples demonstração da dedutibilidade da conclusão imposta pelo julgamento do tribunal a partir de alguma norma postulada, porque no mínimo o que está em questão é qual significado há de se atribuir a alguma norma, se não for de fato a questão de saber se existe alguma norma semelhante que fundamentaria a decisão pretendida por uma ou por outra das partes. A solução desses casos não pode pela hipótese ser uma questão de justiça “de acordo com a lei”, no sentido específico de “conforme os dispositivos específicos das normas jurídicas válidas”. Nessas situações, ultrapassamos a orientação específica e determinada que as normas podem dar. (MACCORMICK, 2006, p. 94).

O ponto de partida de MacCormick reside na ideia de que a justificação de segunda ordem não está fora do direito. Ela guardará sempre uma relação de coesão e coerência com o sistema jurídico posto. Dessa maneira, o autor busca conciliar o teste de reconhecimento positivista, com os métodos de justificação de segunda ordem.

Registra o autor:

[...] a questão consiste em demonstrar que a decisão pleiteada é perfeitamente compatível com o conjunto de normas jurídicas existentes e é uma extrapolação racional a partir delas [...]. (MACCORMICK, 2006, p. 154).

No âmbito da argumentação de segunda ordem, o intérprete pode se valer da analogia com alguma norma já estabelecida ou utilizar princípios gerais do direito que se adequem ao caso.

No entanto, essas construções jurídicas, baseadas na analogia e nos princípios gerais não poderão contrariar normas jurídicas postas. Trata-se, pois, da exigência de coesão da justificativa.

Por outro lado, a utilização da analogia não pode ser feita em relação a uma norma muito distante da situação que se pretende resolver. O mesmo se diga do uso dos princípios gerais. O intérprete deve buscar princípios que já encontrem alguma força em precedentes que, de alguma maneira, tenham se aproximado do caso concreto, ou que as leis postas indiquem que o princípio suscitado está subjacente em alguma parte

do ordenamento. Trata-se da necessidade de coerência da justificação. Ela deve fazer sentido dentro do ordenamento, não pode figurar como um corpo estranho, alienígena, sem pontos de contato e de apoio nas demais normas do sistema.

Escreve MarcCormick:

[...] Em primeiro lugar, ele [argumento] deve ser formulado de modo que evite conflito com normas vigentes – aqui deve-se ter em mente a possibilidade de “explicar” e “discriminar” precedentes desfavoráveis, bem como de interpretar leis em termos “literais” ou “liberais” (dependendo das necessidades do caso). E, em segundo lugar, ele deve ser formulado de tal modo que se possa demonstrar que é corroborado por analogias com a jurisprudência existente (ou, mais raramente, com leis promulgadas) ou por “princípios gerais” do direito, de preferência os expressos com autoridade por juízes em *obiter dicta*, por autores institucionais ou pelo menos respeitáveis de obras jurídicas; ou ainda, como último recurso, analogias recém-cunhadas pelo advogado como explicação e racionalização de algum conjunto pertinente de normas reconhecidas. (MACCORMICK, 2006, p. 155-156).

Coesão e coerência são, na verdade, facetas de uma mesma realidade: o ordenamento jurídico representa uma empreitada racional, que possui um corpo reconhecível, uma identidade. É por esse motivo, que uma justificação de segunda ordem não pode contrariar o ordenamento e, mais que isso, deve demonstrar alguma similitude de identidade com ele, algo como uma extrapolação racional de premissas que já se encontravam no sistema.

Sobre o ponto, esclarece MarcCormick:

[...] Um juiz, ao formular um princípio geral como expressão do objetivo comum subjacente a um conjunto de normas específicas, de imediato racionaliza a lei vigente de modo que revele a luz de um novo entendimento e fornece um fundamento suficiente para justificar um novo desdobramento no campo pertinente. Com isso, ele não demonstra que a decisão deva ser como ele se propõe a proferi-la no caso em foco; somente que ela pode ser proferida com legitimidade. Não se trata simplesmente de ele descobrir e enunciar o fundamento lógico das normas. Em grau maior ou menor, ele as torna racionais ao enunciar um princípio capaz de abrangê-las; e usa isso como um ponto de partida necessário para uma decisão inédita, que agora pode ser apresentada como uma decisão já ‘coberta’ pela lei ‘existente’. (MACCORMICK, 2006, p. 158).

Nesse ponto, surge um problema. Sendo uma decisão inédita, que enuncia um princípio de direito novo ou, pelo menos, uma aplicação inovadora do princípio

(o mesmo vale para a analogia), o juiz deverá apresentar redobrado cuidado com as consequências de sua decisão.

Nesses casos, nunca se estará resolvendo apenas um caso concreto; estar-se-á, sobretudo e principalmente, ampliando o campo de abrangência do sistema jurídico para novas áreas. A decisão que fixar uma analogia nova ou um novo princípio de direito, servirá de precedente (*ratio decidendi*) para outros casos análogos.

Nessa perspectiva, a preocupação com a repercussão, com as consequências do precedente para casos futuros serve de garantia para a manutenção da justiça formal, que, para o autor, significa tratar casos semelhantes de maneira semelhante e casos diferentes de maneira distinta.

O Juiz deverá analisar a coesão e a coerência de seu argumento para o caso concreto e para todos os eventuais casos análogos que surjam no futuro. Há um **caráter universal**, uma preocupação universal nas decisões fundamentadas por justificativas de segunda ordem.

Mas a preocupação consequencialista não se presta apenas a garantir a justiça formal, ela funciona também como forma de justificação para os casos em que haja os problemas endêmicos já referidos.

4.1 Princípios gerais de direito

MacCormick discorre sobre o lugar dos argumentos a partir de princípios gerais do direito na argumentação jurídica:

Já foi sugerido que o lugar desses argumentos depende de um postulado requisito de ‘coerência’ no direito; “coerência” no sentido de que as numerosas normas de um sistema jurídico desenvolvido deveriam “fazer sentido” quando consideradas em conjunto. Conjuntos de normas podem ser de tal natureza que todas elas sejam compatíveis com alguma norma mais geral, podendo, portanto, ser consideradas como manifestações mais específicas ou “concretas” dessa norma. Se alguém considera essa norma mais geral uma norma sólida e sensata, ou justa e desejável para a condução de relações, essa pessoa poderá com acerto tratar essa norma como um “princípio” que tanto explica como justifica a todas as normas mais específicas em questão ou qualquer uma delas.. (MACCORMICK, 2006, p. 197).

Então, “chamar uma norma de ‘princípio’ significa, portanto, que ela tanto é relativamente geral como tem valor positivo”. (MACCORMICK, 2006, p. 198).

Os princípios podem ingressar no direito por meio de uma lei, ou por meio da referência e desenvolvimento gradual nos precedentes judiciais.

A existência de princípios no direito, não nega ou invalida a ideia de uma norma de reconhecimento. Na verdade, os princípios possuem uma relação especial com a norma de reconhecimento, distinta daquela verificada com as normas jurídicas.

Sobre o tema, afirma MacCormick:

Existe uma relação entre “norma do reconhecimento” e princípios do direito, mas é um relacionamento indireto. As normas que são normas do *direito* são o que são graças a sua linhagem. Os princípios que são princípios do *direito* são o que são graças a sua função em relação àquelas normas, ou seja, a função a eles atribuída por quem os usa como racionalizações das normas. (MACCORMICK, 2006, p. 304).

Os princípios podem ter a função de vetores interpretativos de normas existentes, permitindo a correta análise da norma ou podem apresentar a função de fonte direta de direitos e obrigações.

Normalmente, quando a norma for dúbia, o princípio indicará qual a interpretação justificável, dentre as muitas possíveis do ponto de vista meramente gramatical.

Quando não houver norma para o caso, o princípio, de regra, servirá de fonte direta para o reconhecimento de direitos e obrigações, por meio de uma decisão judicial.

4.2 Princípios Jurídicos

Os princípios gerais de direito são extrapolações lógicas do próprio sistema jurídico, algo que já estaria lá, implicitamente, restando apenas que o intérprete o revelasse (isso é uma explicação eminentemente teórica, objetivando estabelecer uma distinção didática que não foi apresentada por MacCormick).

Mas existem outras formas de princípios, são eles: os princípios morais e políticos. Os primeiros possuem natureza axiológica. São valores como igualdade racial, de sexo, ideal de justiça e etc. Os segundos se ligam a metas que visam atingir ou manter uma determinada situação tida como vantajosa por algum critério.

Esses princípios existem na vida social e política, e podem ingressar no direito por meio de uma lei, como ocorreu, por exemplo, com a lei das relações raciais no direito Inglês, ou, gradativa e lentamente, por meio da jurisprudência.

Sobre o ingresso de novos valores no direito por meio da jurisprudência, MacCormick esclarece:

A entrada de novos valores somente pode ocorrer quando antigos princípios e analogias lhes proporcionarem algum tipo de ponto de apoio. No entanto, uma vez que tenham obtido ingresso, esses novos valores estarão dentro do sistema, e com o tempo poderão

se tornar o foco de novos enunciados de princípios jurídicos cada vez mais ousados. (MACCORMICK, 2006, p. 310).

4.3 Analogia

A aplicação silogística de uma norma jurídica se dá de forma direta. A lei descreve um fato operativo e esse fato operativo é reconhecido no mundo fenomênico. Caberá ao juiz apenas liberar os efeitos contidos na norma.

Já na justificação analógica:

O crucial é que num caso anterior um tribunal, ao proferir uma sentença e justificá-la nos termos da lei, incluiu os fatos em questão em certas categorias. O caso novo coincide em parte no sentido de que seus fatos podem ser atribuídos a um conjunto de categorias parcialmente semelhantes, ou a um conjunto de categorias que, junto com o conjunto anterior, pode ser apresentado como uma espécie de algum gênero maior. A “similitude” entre os casos é semelhança no que diz respeito a essas categorias. Na medida em que tenham sido apresentados ou possam ser sugeridos bons argumentos consequencialistas que justifiquem a deliberação anterior nos termos da lei, esses argumentos podem ser apresentados para justificar uma deliberação semelhante para o caso atual parcialmente semelhante e, de fato, para qualquer caso que pertença a essa nova categoria. (MACCORMICK, 2006, p. 241-242).

A analogia exige, destarte, pontos fáticos similares. Um deles cobertos por uma norma jurídica expressa e o outro, não. A extensão da norma jurídica para o fato imprevisto exige que a solução encontrada não contrarie qualquer outra norma (ou melhor, interpretação de norma) e faça sentido no ordenamento. O juiz deverá se preocupar, ainda, com as consequências dessa extensão para a universalidade de atos similares que ele possa imaginar, evitando com isso a utilização indevida do precedente, para casos que não deveria ser utilizado.

Como já deve ter ficado claro, a morfologia de uma norma positivada, ou em termos técnicos, sua interpretação irá variar a depender do princípio dirigente ou da analogia utilizada.

5 JUSTIFICAÇÃO CONSEQUENCIALISTA

Para MarcCormick, a justificação de segunda ordem envolve a escolha entre posições rivais. Se há dúvida sobre a interpretação da norma, o autor de uma ação

judicial apresentará uma argumentação jurídica baseada em princípios ou analogias que lhe sejam benéficas. O mesmo comportamento será adotado pelo réu.

Mas se ambas as teses (de autor e de réu) forem justificáveis dentro do ordenamento, isto é, apresentarem coerência e coesão com as leis e com os precedentes, como resolver o problema? Quem deverá vencer a demanda judicial?

Aqui surge a importância do argumento consequencialista. Coerência e coesão garantem decisões justificáveis, que fazem sentido no ordenamento. A argumentação consequencialista produz decisões justificadas, que fazem sentido no mundo.

Inicialmente, é preciso fazer uma advertência. O Consequencialismo de MacCormick não se equivale àquele desenvolvido por Richard Posner, em sua obra “Fronteiras da teoria do direito” (2011).

Posner afirma que os juízes deveriam ao decidir, se preocupar com as consequências de suas decisões, objetivando, sempre que possível, a maximização do bem estar coletivo. Os magistrados poderiam se valer de argumentos de política (metas coletivas a serem atingidas) e de custo-benefício a fim de encontrar a *melhor solução* para o caso concreto (2011).

O consequencialismo de MacCormick se volta para critérios como “justiça”, “senso comum”, “interesse público”, “conveniência” ou “praticidade”. Ele não aceita o consequencialismo focado em um conceito único, como a maximização da riqueza ou o prazer e a dor. (MACCORMICK, 2006, p. 134).

As decisões dos juízes devem ser testadas pela:

Aplicação de critérios adequados de avaliação, como por exemplo, “o senso comum”, “a justiça”, a “compatibilidade com princípios jurídicos” e a “política de interesse público”. (MACCORMICK, 2006, p. 194).

Para MacCormick, por si só, a análise consequencialista não possui qualquer função justificatória. Isso porque, não seria possível adotar uma decisão tida como conveniente do ponto de vista das consequências, que, ao mesmo tempo, contrariasse o ordenamento (exigência de coesão) ou não encarnasse sentido dentro dele (exigência de coerência). Em resumo, por mais conveniente que uma decisão possa parecer, ela também deve ser autorizada pelo ordenamento.

6 CONCLUSÃO

MacCormick apresenta uma teoria da argumentação bastante consistente, desenvolvida em dois níveis de justificação.

O primeiro nível diz respeito à utilização do método silogístico para a aplicação (incidência) da norma jurídica ao mundo dos fatos. Esse processo somente pode ocorrer quando não haja controvérsia sobre a interpretação da norma ou a classificação do fato.

Se ocorrer esse tipo de dificuldade, que MacCormick chama de problemas endêmicos de interpretação, pertinência e classificação, o intérprete terá de se valer de uma justificação de segunda ordem.

Nesse nível, o juiz utilizará princípios gerais do direito, princípios morais, princípios políticos e a analogia, no afã de indicar uma solução justificável para o caso.

Nas hipóteses em que o direito não seja claro (casos exemplares), autor e réu sustentarão no processo, normalmente, pontos de vistas distintos, baseados em princípios e analogias que podem, em ambos os casos, ser justificáveis juridicamente (coerentes e coesos com o direito).

Então como último procedimento, para que a solução passe de justificável para justificada, o juiz deverá preocupar-se com as consequências de sua decisão, tanto para o caso concreto, como para a universalidade de casos que possam surgir no futuro.

O intérprete deve se preocupar com consequências em relação a “justiça”, ao “senso comum”, ao “interesse público”, dentre outras.

A teoria apresenta ampla sustentação em precedentes, demonstrando que os tribunais do Reino Unido, efetivamente, utilizam-se dos critérios sistematizados por MacCormick, quando tomam suas decisões.

Além disso, MacCormick conseguiu, de forma convincente, conciliar uma visão positivista do direito, mais exatamente no que toca à exigência de uma norma de reconhecimento, com a existência, validade e utilização de princípios com eficácia jurídica.

ABSTRACT: Neil MacCormick, Professor of Public Law at Edinburgh University in Scotland, has a refined theory of argumentation in his book “Legal Reasoning and theory of law.” His work has a strong pretense practice. Examines several specific cases decided by the courts of the United Kingdom, and from these precedents, elaborates his theory of argumentation. This is a real rational reconstruction and systematic methods and types of arguments used by courts. The result of his studies of argumentation theory ensures coherent and cohesive legal system. This does not prevent the author recognizes the importance and usefulness of legal principles as justifications for legal decisions. This broad vision of the right to reconcile a positive approach to the right (standard recognition), with entitlement to axiological issues related to legal principles recognized by the laws or jurisprudence gradual.

KEYWORDS: argumentation theory. legal positivism. Principles. Grounds of judgments.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

MARCCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

POSNER, Richard. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA QUESTÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

JOSÉ GODOFREDO PIRES DOS SANTOS¹

RESUMO: Uma das questões mais controvertidas no âmbito do sistema jurídico tem sido a intervenção do Poder Judiciário em relação às políticas públicas. A temática guarda relação com a prestação, por parte do Estado, dos direitos sociais, que exigem uma atuação positiva por parte do Estado. Esses direitos se encontram consagrados nas modernas Constituições, inclusive na Constituição Federal de 1988. A doutrina e a jurisprudência tem sedimentado o entendimento favorável à intervenção do Poder Judiciário para compelir à administração pública a realizar a política pública quando a mesma versar sobre a tutela de direitos fundamentais. Por outro lado, os argumentos contrários atentam para quatro questionamentos: intervenção indevida do Judiciário em outros Poderes (Legislativo e Executivo), ausência de legitimidade do Judiciário, poder discricionário da Administração Pública e teoria da reserva do possível. O princípio da ponderação, entretanto, pode estabelecer um parâmetro para uma atuação equilibrada do Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Direitos Sociais. Poder Discricionário. Reserva do possível. Princípio da ponderação.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 POLÍTICAS PÚBLICAS: DEFINIÇÕES. 3 DIREITOS SOCIAIS. 4 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. 5 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: INTERPRETAÇÕES CONTRÁRIAS. 5.1 **Da alegada violação ao princípio da separação dos poderes e ausência de legitimidade do poder judiciário.** 5.2 **Discricionariedade administrativa.** 5.3 **Da reserva do possível.** 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente poucas questões têm despertado debates tão intensos, quanto as discussões relacionadas à judicialização das políticas públicas. A inércia do Poder Público na prestação de serviços essenciais, especialmente no que se refere às políticas públicas primárias, tem levado os interessados a buscar socorro no Judiciário, no afã

¹ Mestre em Direito. Especialista em Direito Ambiental e Políticas Públicas. Promotor de Justiça. R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

de obter pela via da prestação jurisdicional, aquilo que a Administração pública não consegue prover pelas vias regulares.

A afirmação histórica dos direitos humanos, com o reconhecimento dos direitos sociais como integrantes do rol de direitos fundamentais, impôs ao Estado a tarefa de provedor de direitos relacionados às políticas relacionadas à saúde, educação, saneamento – dentre outros – revelando a necessidade da presença estatal em áreas antes não priorizadas, muito além da tarefa de prover segurança (papel histórico do estado) ou mesmo a mera garantia dos direitos humanos de primeira dimensão, centrados nas liberdades políticas ao cidadão.

As novas demandas, contudo, se por um lado reivindicam a presença do Estado na condição de provedor (dimensão positiva), por outros impõe a necessidade de vultoso aporte financeiro, nem sempre compatível com a velha luta entre receita e despesa, que tanto preocupa o pensamento econômico e os técnicos em planejamento público. Daí decorre o questionamento relacionado ao fenômeno que tem recebido a denominação de judicialização das políticas públicas.

Abordar criticamente o tema, bem como, o papel do Judiciário no que se refere às políticas públicas, é o objeto desse breve trabalho.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS: DEFINIÇÕES

Várias são as definições de políticas públicas, oscilando entre conceitos oriundos de vários ramos de conhecimento, com prevalência para administração pública, teoria do Estado e ciência política.

Para Bucci (2006) é a “coordenação dos meios a disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Para Vargas (1993) políticas públicas podem ser definidas como “El conjunto de sucesivas respuestas del Estado frente a situaciones consideradas socialmente como problemáticas”. No entendimento de Garcia (1996) são “metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público”. Já para Grau (2007) é o “conjunto organizado de normas e atos, tendentes à realização de um objetivo determinado”.

A despeito de inúmeras definições relacionadas ao termo “políticas públicas”, o que importa sobremaneira é demonstrar o caráter político do conceito. Nesse passo, é Teixeira (2002) quem melhor resume essa conotação de arranjo político que o termo guarda, ao afirmar que políticas públicas são “diretrizes, princípios norteadores do poder público, regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado”.

Em verdade, as políticas públicas são, ao final, escolhas do Estado em relação às suas prioridades. Ocorre, que o processo político – aí ressaltando a correlação de forças existentes na sociedade – dentre os vários atores, é que define, afinal, o que é

prioritário. A dinâmica das relações econômicas e sociais jogam no tabuleiro do jogo político as demandas dos vários grupos sociais e dos vários atores. Demandas socialmente relevantes ou não, legítimas ou não, revelando o embate que irá ao cabo, eleger as políticas públicas.

Conclusivamente, políticas públicas implicam em um processo político para escolha de prioridades do Estado, onde podemos abstrair três elementos: a) busca por metas ou objetivos; b) utilização de meios ou instrumentos legais; c) temporalidade (prolongamento no tempo, o que implica em uma atividade e não um ato), conforme leciona Santos (2006). Assim, as políticas públicas buscam metas, externadas por instrumentos legais (especialmente as leis de planejamento²). No sistema brasileiro, portanto, as políticas públicas são produto da atividade do Poder Legislativo, ainda que como iniciativa de lei reservada ao Poder Executivo. Nesse cenário, a disputa política se estabelece de forma mais evidente, posto que o Parlamento é integrado pelos mais diversos setores da sociedade e caixa de ressonância dos mais variados interesses. O Legislativo, por certo, é receptáculo de toda sorte de pressão política, onde a atuação de grupos e segmentos sociais se apresenta de forma mais clara, muito além dos partidos políticos, que classicamente representariam os interesses diversos da sociedade, espelhados em seus programas políticos.³

O fato mais relevante nessa análise é que políticas públicas envolve um mecanismo de escolha, sendo mais amplas que simples planos ou programas ou, dito de outra forma: a adoção de certa política pública envolve um processo político de escolha para a definição de prioridades de um governo.

As políticas públicas, modernamente, se materializam em normas jurídicas, que servem tanto de instrumento de efetivação, quanto de parâmetro de controle de tais ações políticas. Contudo, conforme nos alerta Santos (2006) “Existe certa margem de discricionariedade, o que não significa ausência de controle legal”. Assim, para que a Para que a margem de liberdade não gere arbítrio, sua gradativa redução passou a ser uma meta a se atingir, tanto para os operadores do direito, quanto para os legisladores

² O planejamento estatal, no caso do Estado Brasileiro, se materializada por meio de três leis: o Plano plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

³ Os partidos políticos possuem programas e estatutos que – em tese – refletiriam os objetivos de sua ação em caso de alcançar o poder. Ocorre, que no âmbito do atual sistema representativo, os partidos, ainda que formalmente espelhem programas, na verdade estão, em regra, descaracterizados, em função dos grupos que influenciam a atividade parlamentar, revelando a anomalia de partidos com posições ideologicamente incompatíveis, por vezes se posicionarem pela adoção dos mesmos projetos ou inda – o que mais comum – partidos se estabelecerem sem nenhuma plataforma política relevante. Daí emergem os chamados “Grupos de Interesses” que são forças sociais que emergem influenciando vários partidos (de natureza profissional, econômico, religioso, etc.), através de instrumentos políticos legais e os “Grupos de Pressão” que constituem subgrupo dos Grupos de Interesses, com organização temporária e objetivo definido, com ação não institucional e utilização de métodos legais e ilegais, todos em atuação junto ao Parlamento, visando influenciar na formulação das políticas públicas.

(idem). É justamente nesse ponto que emerge a discussão relacionada ao controle das políticas públicas por parte do Judiciário.

3 DIREITOS SOCIAIS

O Estado Moderno, com a concepção do estado-nação, nos trouxe a ideia de unidade política e territorial, governo forte e soberania, estabelecendo as bases da estrutura que se oporia ao modelo feudal, caracterizado pela pulverização do poder e descontinuidade territorial. O Estado se apresentaria – em um modelo contratualista de Thomas More – como o ente capaz de propiciar segurança contra ameaças externas e desordens internas, ainda que para isso tenha que abocanhar parte das liberdades individuais.

Com o declínio do modelo absolutista, emblematicamente derrocado pelas grandes revoluções do século XVIII, a ascensão da burguesia estabelece – no âmbito político – o Estado Liberal, embalado pelas conquistas de nova classe social, tanto no campo econômico (mercantilismo), quanto no âmbito cultural (iluminismo) e religioso (reforma religiosa). Nesse patamar, emergem os direitos humanos de primeira dimensão, calcados na ideia central de liberdade. Essas liberdades políticas enaltecem a proteção do cidadão em relação ao Estado, revelando (em primeira ordem) uma condição negativa do Estado. Tais direitos guardam relação com a liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade de pensamento, de reunião, garantias penais, dentre outras, além, é claro, da afirmação da propriedade como um direito fundamental.

O Estado Liberal preconiza a igualdade de todos perante a lei (isonomia). O homem cidadão, por essa ótica, embalado pelo preceito da autonomia da vontade, passa ser sujeito de direitos e obrigações, comuns a todos os homens que integram o Estado. Vai-se o direito divino e emerge o direito da cidadania.

As chagas sociais decorrentes da revolução industrial e o cenário do pós-guerra jogaram por terra, contudo, o ideal liberal de igualdade formal.

Assim, como afirma Dallari (2004), não basta “afirmar que todos são iguais perante a lei; é indispensável que sejam assegurados a todos, na prática, um mínimo de dignidade e igualdade de oportunidades”. Nessa linha é que emergem os direitos sociais, relacionados ao princípio da solidariedade, também denominados de direitos humanos de segunda dimensão.

Os direitos sociais “se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente”. (COMPARATO, 2010). A igualdade formal, em decorrência, precisa ser contextualizada em condições que propiciem igualdade material, estabelecendo um mínimo de condições necessárias (educação, saúde, moradia, etc.) para que o homem possa exercer suas liberdades políticas.

O Estabelecimento do *welfare state* apresenta uma dimensão positiva por parte dos Estados. Se em uma primeira dimensão, os direitos humanos se estabelecem como garantia do cidadão contra a ação do Estado, ou dito de outra forma, como direitos oponíveis ao Estado, os direitos sociais induzem a uma dimensão prestacional do Estado, inclusive sendo explicitamente relacionados como obrigação do Estado nas Constituições contemporâneas.

Conforme afirma Silva (2011) os direitos sociais ligam-se à igualdade, já que “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais”.

Portanto os direitos sociais, no patamar de direitos fundamentais, são tão exigíveis quanto aos demais direitos igualmente referidos na Constituição, não representando mera disposição de “boas intenções” por parte do Estado.

4 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Fenômeno recente, o acionamento do Poder Judiciário para dar efetividade a determinado direito social, tem sido objeto de questionamentos e manifestações doutrinárias. No âmbito brasileiro, o atual colapso do sistema de saúde tem posto em xeque o efetivo cumprimento das normas constitucionais. Além do mais, O Ministério Público e a Defensoria Pública, especialmente esses dois atores, tem buscado o amparo Judicial para obter o atendimento para demandas relacionadas especialmente ao sistema de saúde. No âmbito do Ministério Público, especialmente, o acionamento do Judiciário tem ultrapassado a garantias de direitos à saúde no âmbito individual (internações hospitalares, fornecimento de remédios e insumos médicos, etc.) para buscar o atendimento de demandas de interesse coletivo, como construção de hospitais, creches, escolas, implantações de Conselhos de interesse social, estabelecimentos de programas de educação, saneamento, gestão de resíduos sólidos, transporte, etc, revelando verdadeiro controle judicial das políticas públicas.

Alguns consensos se firmam na doutrina da teoria do Estado contemporâneo em relação aos direitos humanos: Todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e negativa; os direitos sociais são direitos fundamentais; logo, todo direito inserido na Constituição é exigível, inclusive pela via judicial. O Consenso cai por terra quando estabelecemos a proporção, natureza e amplitude do direito social a ser exigido. Aí reside, dentre outros, o dissenso em relação à matéria.

Antes de estabelecer uma diretriz para a delicada questão referente à possibilidade de judicialização de demandas que versem sobre direitos sociais – inclusive para garantir direitos individuais – necessário se faz contextualizar a natureza desses direitos e discutir, efetivamente, qual o papel do Estado no âmbito de um Estado Democrático de Direito?

A Constituição de 1988 declara expressamente ser o Brasil um Estado Democrático de Direito (art. 1º) e ter como objetivo republicano a garantia dos direitos humanos e transformar a realidade social (art. 1º, III; art. 3º).

No tocante aos direitos fundamentais, o que torna a noção de Estado Democrático de Direito é a presunção, portanto, da concretização dos Direitos Fundamentais. No mesmo sentido o reconhecimento do Estado Democrático de Direito presume a ocorrência de três requisitos: a) supremacia da Constituição; b) democracia; c) proteção aos direitos fundamentais; d) aplicação das normas constitucionais.

As normas constitucionais (direitos de 2ª D.), estabelecem programas. Em verdade, são metas que precisam não somente de regulamentação (ainda que, de certo ponto, de aplicabilidade imediata), mas principalmente, da implementação de políticas públicas. Ocorre, que tais políticas públicas – de caráter prestacional – estão relacionadas à aplicação de recursos materiais e financeiros.

Convém lembrar, que, conforme esclarece o art. 5º da Constituição Federal, § 1º: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Entretanto, algumas referências doutrinárias, discorriam que os direitos sociais, embora presentes na Constituição, não passavam de disposições programáticas, sem qualquer eficácia jurídica. Em verdade, seriam meras diretrizes, cuja não observância não ensejaria nenhuma consequência direta.

Atualmente, impõe-se a concepção de que todos os direitos fundamentais possuem as dimensões negativa e positiva e, além disso, todos eles demandam recursos públicos.

Por sua vez, não há como afastar a intervenção judicial das questões referentes às políticas públicas, pois, conforme preceitua o art. 5º, XXXV “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Segundo Gregório Assagra de Almeida (2001), o Poder Judiciário tem o compromisso constitucional de implementar materialmente o Estado Democrático de Direito, através da proteção e da efetivação dos direitos e garantias formalmente consagrados na Constituição.

Conclui-se, que não existe impedimento jurídico consistente que impeça que seja levado à apreciação do Judiciário a violação de direito – mesmo no plano coletivo – em relação aos direitos sociais. Mesmo assim, inúmeros argumentos são comumente utilizados para desqualificar essa possibilidade.

5 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: INTERPRETAÇÕES CONTRÁRIAS

Vários argumentos jurídicos são utilizados para firmar posicionamentos contrários ao controle judicial das políticas públicas. Contudo, os argumentos mais

corriqueiros, utilizados em manifestações em ações propostas contra as Fazendas Públicas (por todos os entes federativos) dizem respeito especialmente a três núcleos: 1) violação ao princípio da separação dos Poderes; 2) Ausência de legitimidade do Poder Judiciário para interferir em políticas públicas; 3) Discricionariedade administrativa; 4) teoria da reserva do possível.

5.1 Da alegada violação ao princípio da separação dos poderes e ausência de legitimidade do poder judiciário

Um dos argumentos mais utilizados para contestar a possibilidade de acionamento do Poder Judiciário para obter prestação estatal em relação às políticas públicas, é que, ao determinar a adoção ou correção de determinada política, essa ação representaria invasão de um Poder estatal em outro, violando assim o princípio da separação dos Poderes estabelecido na Constituição Federal.

O princípio da separação dos Poderes, apesar de ter menção em “A Política”, de Aristóteles, ao abordar a formas de governo, seu estabelecimento se configura no âmbito da Modernidade, fruto do pensamento iluminista, mas precisamente em John Locke, em seu “Segundo Tratado do Governo Civil” e tem sua configuração mais rebuscada em Montesquieu, no “Espírito das Leis”.

A concepção de Estado, pelos pensadores iluministas, deve sempre ser contextualizada em um universo de confronto entre o Poder Estatal e a cidadania, entre Soberano e o povo, fruto da reação teórica e revolucionária em relação ao Absolutismo, cuja característica mais acentuada é justamente a centralização do poder na pessoa do monarca, onde este legislava, administrava e dirimia os conflitos.

A rigor, classicamente, o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário possuem funções típicas e eventualmente exercem funções atípicas, mas sempre resguardando o princípio da separação dos poderes. Na configuração oriunda do Constitucionalismo norte-americano, visando obter o equilíbrio da entre os Poderes, são estabelecidos “freios e contrapesos”, capaz de manter a paridade e independência de cada Poder (mesmo o Parlamento ou os Magistrados), através da ação de outros. Nesse campo, o Executivo (a administração pública) é a responsável pela execução das políticas públicas e, no sistema de freios e contrapesos, o planejamento estatal passa pelo crivo do Poder Legislativo, ao apreciar os instrumentos de planejamento (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual).

A Modernidade nos apresentou o Estado Liberal e o Constitucionalismo, com primazia para a liberdade individual. O temor de retrocesso, com a supremacia de um Poder em relação a outro, justifica a clássica – e rígida – separação dos Poderes estabelecida por Montesquieu. A essa conjuntura social se vincula a ideia da submissão de todos ao império da lei, que, em interpretação extensiva, acaba por fomentar certa

preponderância do Legislativo e a concepção de que o Judiciário é um Poder Inerte e totalmente dissociado do processo político.

O sistema de freios e contrapesos (*checks and balance*, na doutrina constitucionalista norte-americana) como já dito acima, no âmbito do Estado Democrático de Direito ganha nova configuração, estabelecendo um mecanismo de com trole recíproco entre os Poderes, para que o Estado seja realmente democrático. Tal mecanismo – no Brasil com farta previsão Constitucional – faz com que o Poder Judiciário não crie ou formule as políticas públicas, mas controle sua aplicabilidade, para que o Estado efetivamente possa cumprir suas funções em relação à sociedade, funções essas, devidamente oriundas da própria Constituição. Assim, uma decisão judicial que atenda ao pedido de estabelecimento de unidade educacional onde inexistente, deixando sem educação crianças de determinada comunidade, não cria, formula ou executa política pública, mas tão somente corrige ação do Estado para que possa dar cumprimento ao disposto no art. 205 da Constituição Federal, que estabelece ser a educação direito de todos e dever do Estado.

No que concerne à alegação de ausência de legitimidade do Judiciário para enfrentar questões referentes às políticas públicas, tal concepção tem por escopo o fato de que o Parlamento (onde se estabelecem, por leis, as políticas públicas) o Executivo (que exerce a administração pública) são Poderes eleitos pelo povo, ou seja, que se estabelecem legitimados pelo voto popular. Por essa ótica estariam autorizados para configuram e executar as políticas públicas, ao contrário do Judiciário, que não passa pelo voto popular.

Essa concepção tem raiz nos mesmos argumentos acima referidos. Guardam relação com uma visão firmada no Estado Moderno, desconhecendo o papel hodierno do Estado e seus Poderes. A saber, a divisão dos Poderes possui caráter funcional e visa a viabilidade do processo político.

Por fim, importa ressaltar que estamos tratando de Direitos Fundamentais (educação, saúde, saneamento, etc.), onde o Poder Judiciário tem o dever de zelar pela implementação desses direitos, pois sem a implementação não passam de meras referências, sem nenhuma consequência prática para o bem estar da sociedade. Além do mais, o Estado Democrático de Direito, na forma reconhecida pelas sociedades contemporâneas, está diretamente ligado à proteção dos direitos fundamentais, conforme preconiza nossa Constituição Federal (art. 1º, III e 4º, II).

Nesse passo, lembrando Almeida (2001), que refere ter o Poder Judiciário, dessa forma, “o compromisso constitucional de implementar materialmente o Estado Democrático de Direito, através da proteção e da efetivação dos direitos e garantias formalmente consagrados na Constituição”.

Resta referir que o art. 5º da Constituição Federal dispõe, em seu § 1º, que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

5.2 Discrecionalidade administrativa

A discrecionalidade administrativa diz respeito à margem de liberdade deixada pelo legislador “para que o agente público, diante de situação concreta, possa selecionar entre as opções predefinidas qual a mais apropriada para defender o interesse público” (MAZZA, 2011). Trata-se de um juízo de conveniência e oportunidade, que se estabelece frente a uma situação concreta. Contudo, o poder discricionário da Administração, vem sendo melhor definido pela moderna doutrina e pelas decisões dos Tribunais. Antes referido como mero juízo do administrador em relação ao ato em si, hodiernamente guarda relação como aspectos de forma, não se constituindo em autorização para desconhecer o direito, objeto da demanda, já definido pelo Legislador.

O administrador não pode alegar discrecionalidade para não atender a direito fundamental. O atendimento aos direitos fundamentais representa um dos fundamentos da República. Logo, não pode o administrador alegar juízo de conveniência e oportunidade para descumprir a Constituição. A discrecionalidade não pode ser confundida com arbitrariedade.

Sob tal prisma Krell (2000) adverte que o objetivo não é que o Judiciário possa intervir em outro Poder para organizar ações legislativas e de organização e prestação, exceto quando há violação evidente. Mas não há como deixar de reconhecer a necessidade de controle e adequação dessas ações ao fiel cumprimento da Constituição. Essa ação seria, portanto, subsidiária.

Com relação ao ato discricionário, a doutrina mais tradicional entende que o Poder Judiciário pode apenas apreciar os aspectos da legalidade, ou seja, se não ultrapassou os espaços livres deixados pelo legislador, invadindo assim o campo da legalidade. Estamos tratando, bem entendido, de políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais. Nesse passo, importa ressaltar, que os direitos humanos constituem fundamento da República e preceito constitucional. Não se trata, assim, de alterar o mérito, mas exigir a adequação da política (ou o cumprimento dela) por parte do administrador.

5.3 Da reserva do possível

Por fim, os argumentos contrários à judicialização das políticas ganham reforços na alegação da chamada teoria da reserva do possível. Inicialmente convém ressaltar que a alegação é quase sempre feita sem nenhuma relação com a base teórica que a engendrou, lançada em contestações judiciais sem qualquer referencial teórico ou mesmo desvinculada de qualquer base teórica, constituindo meras alegações desprovidas de enfrentamento dos argumentos mais qualificados.

A teoria do princípio da reserva do possível tem como origem as decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha. Em um caso concreto, a Corte entendeu que só é possível exigir do Estado o atendimento de um interesse, ou

a execução de uma prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites da razoabilidade. No mesmo sentido, a Corte entendeu ainda que os direitos sociais “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade” (Krell, 2002).

A teoria tem tido aplicação equivocada no cenário jurídico brasileiro, pois, ainda Krell (2002) nos afirma que o “princípio da reserva do possível” consiste em uma falácia, decorrente de um Direito Constitucional comparado equivocado, na medida em que a situação social brasileira não pode ser comparada àquela dos países membros da União Europeia.

Conforme leciona Bucci (2006) a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera para atingir os resultados. Ou seja, na definição das políticas públicas importa sobremaneira a reserva dos meios. A não efetivação de uma política pública, por esse prisma deve ter como ponto inicial para questionamento o motivo pelo qual (em resposta à alegação de falta de recurso) os recursos não estão disponíveis naquele momento.

Novamente, convém destacar que o objeto desse esboço é a proteção dos direitos fundamentais, notadamente aqueles vinculados às políticas públicas primárias, de cunho constitucional. Por outro lado, já foi destacado em tópico anterior que as políticas públicas – no caso brasileiro – emergem de leis ou por elas se materializam. Nesse passo, as políticas públicas derivam de leis de planejamento, quis sejam, especialmente: Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária anual. Daí, considerando especialmente que um dos fundamentos do Estado Brasileiro é a garantia dos direitos fundamentais é obrigação constitucional propiciar os meios (legislativos e administrativos) necessários para o atendimento de direitos fundamentais sociais. Em caso negativo, o próprio Estado, através do Estado-Juiz deve corrigir a distorção visando a efetividade do direito social negado ou contingenciado.

Do mesmo modo, os recursos públicos devem ser utilizados, preferencialmente na salvaguarda desses direitos e efetivo cumprimento da Constituição. Ocorre, que corriqueiramente o argumento da reserva do possível é utilizado para a negativa da administração em atender demandas essencialmente vinculadas ao respeito aos direitos humanos, mais precisamente em atenção aos direitos sociais, como educação e saúde. Nesse sentido, adverte Silva (2015, p. 120):

Porque muitas vezes o estado alega falta de recursos para um direito fundamental social como a saúde e a educação, e no mesmo orçamento há valores altíssimos destinados à propaganda e publicidade do governo, ou seja, a reserva do financeiramente possível existe no domínio deixado à realização progressiva ou programática dos direitos sociais e não na parte da plena precetividade, por exemplo, o legislador não pode invocar a reserva do financeiramente possível para não cumprir a

gratuidade do ensino ou da universalidade do direito à saúde, mas poderia invocar para não adquirir novas tecnologias e ou disponibilizar novas fórmulas no sistema nacional de saúde, se existe outro meio eficaz ou menos oneroso.

Não se pode deixar de cumprir preceito fundamental relacionado à saúde, como extensão do direito à vida, existindo recurso disponíveis em outras áreas, como transporte, comunicação, crédito para setores da economia, serviço da dívida, etc., que não guardem relação com os direitos humanos.

Não se espera do Estado o estabelecimento de padrões otimizados de vida, mas se espera que crie e efetive condições para a dignidade da vida humana.

Por outro lado, não se trata de desconsiderar a existência da reserva do financeiramente possível, pois, conforme tradicional máxima econômica, as demandas são infinitas e os recursos financeiros são finitos. A existência de limitações financeiras é um fato inegável. Decorre de uma constatação lógica a qual não se deve evitar. Assim, ao se debruçar sobre um fato concreto, o Judiciário deve sempre ponderar qual o limite do direito pleiteado, sua pertinência e amplitude, especialmente quando se tratar de pleito individual, cotejando o pedido com a realidade fática e financeira em relação aos recursos públicos.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a ADPF nº 45-MC/DF, relatoria do Ministro Celso de Melo, já firmou que a mera alegação da existência da reserva do possível, não tem o condão de desautorizar a intervenção do Judiciário, quando se tratar de garantia de direito social. Assim, temos:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA “RESERVADO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO

DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS
(DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA
GERAÇÃO)

No mesmo sentido a Corte Suprema também se posicionou através da relatoria da Ministra Rosa Weber:

Nesse sentido, cito o RE 367.432-AgR, da relatoria do ministro Eros Grau: 'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.AÇÃO CIVIL PÚBLICA.SEGURANÇA PÚBLICA.LEGITIMIDADE.INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.OMISSÃO ADMINISTRATIVA.1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88]. Precedentes.2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem,vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.' 9. Precedentes: RE 556.556, da relatoria da ministra Ellen Gracie; RE 543.397, da relatoria do ministro Eros Grau. Ante o exposto, e frente ao § 1º-A do art. 557 do CPC, dou provimento ao recurso. " (destaquei). Não há, portanto, como assegurar trânsito ao extraordinário, consoante também se denota dos fundamentos da decisão que desafiou o recurso, aos quais me reporto e cuja detida análise conduz à conclusão pela ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República. Nego seguimento ao agravo de instrumento (CPC, art. 557, caput). Publique-se. Brasília, 24 de abril de 2013.Ministra Rosa WeberRelatora (STF - AI: 739151 PI, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 24/04/2013, Data de Publicação: DJe-082 DIVULG 02/05/2013 PUBLIC 03/05/2013).

Como já referido, se por um lado o argumento da reserva do possível não pode ser utilizado para negativa de prestação de direito fundamental, por outro lado, também não se pode utilizar a tutela jurisdicional para amparar abuso de direito ou postulação de benefício que transcendendo o razoável, inviabilize a utilização de recursos para a implementação de recursos necessários à própria execução do núcleo (mérito) da

política anteriormente planejada. No âmbito da saúde, por exemplo, tornou-se comum a propositura de ações judiciais tendo como objeto o fornecimento de remédios não autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, a exigência de tratamentos ditos alternativos, o custeio de tratamentos fora do domicílio mesmo existente similar, o fornecimento de próteses com direcionamento de determinado fabricante, etc. Tais condutas, não devem ter a tolerância do Judiciário, pois ultrapassam a razoabilidade da execução das políticas públicas.

Convém ressaltar ainda, que por determinação da Constituição, todas as despesas realizadas pela Administração Pública devem constar na Lei Orçamentária Anual. Trata-se do “princípio da legalidade orçamentária”, que também impede a concessão ilimitada de crédito e nem a transposição sem prévia autorização legislativa.

6 CONCLUSÃO

Conforme discorre GARCIA (2009) “as políticas públicas estão permanentemente a fazer-se e refazer-se, sujeitando-se à escassez financeira, potencial esgotamento de bens ambientais e de pluralismo de controvérsias políticas”. Tal constatação impõe ao Poder Judiciário um constante desafio. Mas somente na análise do caso concreto é que é possível ponderar os valores e direitos em questão.

Os princípios da ponderação, nele incluído o princípio da proporcionalidade, devem servir de instrumental ao Juízo para verificar, em cada caso, o sentido da razoabilidade e verificar a relação custo-benefício, vidando o interesse público. Assim, a ponderação pode subsidiar e embasar decisões permeadas por equilíbrio.

Um parâmetro razoável para nortear uma decisão judicial, por exemplo, é a noção de “mínimo existencial”, verificando a relevância do direito arguido frente às limitações do erário público.

De toda sorte a apreciação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, revela uma nova vertente da Jurisdição, exigindo um papel mais proeminente na garantia dos direitos fundamentais. A legitimidade do Poder Judiciário tem como fundamento a própria Constituição, que ressalta a obrigatoriedade do Estado brasileiro em promover e assegurar os direitos humanos, dando efetividade às normas sociais e individuais configuradas na Carta Magna, notadamente no que concerne à Jurisdição Constitucional.

Conforme preconiza Silva (2015), para o STF, “se afastássemos as políticas públicas do controle judicial, redundaria em liberdade irrestrita ao administrador, com a minimização ou mesmo supressão de normas constitucionais”, tornando assim, sem efetividade as diretrizes que garantem a dignidade da pessoa humana, razão da existência do Estado brasileiro.

ABSTRACT: One of the most controversial points in the justice, is the intervention of judiciary in the public policy. The theme have realation with acting by the State, in the

social rights, which need a real rule. This rights have the location in Federal Constitution of 1998. The Doctrine and Jurisprudence have confirmed this understanding defending the intervention from Justice to forcing the Public Administration to do they public policy. In other point have four arguments against: Wrong intervention by the Justice in others powers; Illegitimacy of Justice Power; Discretionary power of Public Administration; And the Theory of reserve possible. The principle of ponderation can make a parameter to Justice work balanced.

KEYWORDS: Public policies. Social rights. Discretionary power. Theory of reserve possible. The principle of ponderation.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Poder Judiciário Brasileiro como instituição de transformação positiva da realidade social. 2001. Disponível em: <http://www.trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev15Art8.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os direitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual, São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 737, 1997.

_____. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Maria. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, [S.l.], n. 15. p. 64-67, 1996.

GOMES, Gustavo de Mendonça. Políticas públicas no Estado contemporâneo e controle jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2015.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169 186, jul./set. 2007.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril, 1973. (Coleção Os pensadores, v. XXI.)

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. Interesse público**. v. 7, n. 32, jul./ago. 2005.

SANTOS, Marília Lourido dos. Interpretação Constitucional no controle judicial das políticas públicas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. Direito à Saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2011.

TEXEIRA, Elenaldo Celso. O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade. Revista políticas públicas, 2002 - AATR-BA.

VARGAS, Carlos Salazar. Modelos para el análisis de políticas públicas. Verniversitas. [S.l.], Pontificia Universidad Javeriana, n. 84, 1993.

FUNDAMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E APONTAMENTOS CRÍTICOS DA SUA IMPLEMENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

LAÉRCIO DIAS FRANCO NETO¹

LAURO FRANCISCO DA SILVA FREITAS JUNIOR²

RESUMO: O artigo começa com um breve relato da adesão pelo Brasil ao regime internacional de proteção dos Direitos Humanos, que consiste no compromisso de adotar internamente normas internacionais. Em síntese, demonstra-se os motivos que levam o Estado a anuir com esse tipo de obrigação e de que forma deve ser implementado. Nesse contexto, demonstrar-se-á que as audiências de custódia surgem a partir da necessidade da adequação do ordenamento interno aos compromissos internacionais, o que não exime de críticas em relação a regulamentação atual do instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de Custódia. Controle de Convencionalidade. Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ADESÃO BRASILEIRA AO REGIME INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. 3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. 4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 5 CRÍTICAS AO MODELO ADOTADO NO BRASIL. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A audiência de custódia foi introduzida e regulamentada por meio da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 15 de dezembro de 2015. Sua implementação ocorreu ao longo do início de 2016, observando-se que ainda se busca operacionalizar essa questão da melhor forma, numa busca de adequação às dificuldades práticas, em especial nas comarcas do interior do Estado do Pará e de outros estados da federação, enquanto o Congresso Nacional continua a discutir o assunto.

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Advogado. Professor de Direito.

² Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia. Professor de Direito.

O presente artigo não pretende discutir o rito procedimental da audiência em si, mas os motivos que levaram ao CNJ a adota-la, em especial, sob uma perspectiva de cumprimento das normas internacionais ratificadas pelo Brasil.

Por fim, pretende-se fazer uma breve análise crítica com base na prática das audiências de custódia, abordando questões que deveriam ser reformuladas, a partir da margem existente da obrigação internacional e da implementação interna.

2 ADESÃO BRASILEIRA AO REGIME INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

O Brasil buscou, a partir de 1985, a legitimação internacional do seu novo regime democrático por meio da “renovação de credenciais”, que consistiu na adesão quase que irrestrita aos mais importantes documentos que versavam sobre a proteção dos Direitos Humanos. (FONSECA, 1998)

A Constituição Federal de 1988 surge em consonância com essa renovação de credenciais por meio da defesa dos Direitos Humanos, consagrando em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

No artigo 4º, inciso II, a Carta estabeleceu a prevalência dos Direitos Humanos como um dos princípios que regem as relações internacionais do Brasil. Ademais, cite-se a criação do Incidente de Deslocamento de Competência (Art. 109, § 5º) e a possibilidade de adesão a Tribunais Internacionais de Direitos Humanos (Art. 7º, do ADCT e Art. 5, §4), a constitucionalização da submissão à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (EC/45) para uma abertura normativa de cunho constitucional ao Direito Internacional.

No que diz respeito à Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, iniciou-se em 1985 o processo de ratificação desses tratados, que só iria ser concluído em 1992.

Nos anos subsequentes, esse processo continuou, com as ratificações dos mais importantes documentos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, como o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte em 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher em 1995 e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1996.

Em 10 de dezembro de 1998, o Estado Brasileiro reconheceu formalmente a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, fortalecendo a importância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no cenário nacional, já que o Brasil passou a aceitar a atuação de todos os órgãos, judiciais e não judiciais, do Sistema Interamericano.

O reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos possibilitou a abertura de uma nova fase de proteção dos Direitos Humanos no Brasil. Não só havia uma posição governamental em prol da proteção dos direitos, como a possibilidade, no caso de omissão ou falha dos instrumentos internos, da análise por instâncias internacionais do cumprimento dos principais compromissos assumidos pelo Brasil perante a Comunidade Internacional.

De acordo com a professora Flávia Piovesan, pode-se falar que passou a existir nesse momento um movimento de verdadeiro alinhamento do Brasil à sistemática internacional de proteção dos Direitos Humanos (2012, p.678-679).

Desse modo, o Estado brasileiro voluntariamente anuiu em se submeter às decisões proferidas pelo Sistema Interamericano acerca de supostas violações de Direitos Humanos que viessem a ocorrer a partir daquele momento, num movimento de alargamento da proteção internacional dos indivíduos.

O posicionamento jurisprudencial tradicional do Supremo Tribunal Federal reconhecia a isolada superioridade hierárquica das normas constitucionais. Hodiernamente, adota-se a tese da supralegalidade das normas convencionais, conforme entendimento presente na Súmula Vinculante 11, o que permitiu uma redefinição no papel a ser desempenhado pelas normas internacionais de Direitos Humanos, mesmo sem a adoção da teoria da constitucionalidade em razão da matéria.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal passou, em teoria, a adotar um modelo interpretativo do ordenamento nacional mais abrangente, não apenas com base nas normas constitucionais, mas, também, enfatizando os tratados e a jurisprudência internacional sobre Direitos Humanos, em especial, as advindas do Sistema Interamericano.

Além de se tornarem recurso hermenêutico para a compreensão da Convenção Americana, os precedentes devem ser observados pelos Estados-partes uma vez que não é somente o texto da Convenção que vincula o país, mas também a sua interpretação.

Demandar-se-ia um trabalho de concertação entre a esfera internacional e os órgãos internos, mas na prática, o Poder Judiciário nacional é um dos principais agentes responsáveis pela falta de prestígio ao Sistema Interamericano. A ausência de uma vinculação formal e institucional entre os Tribunais internos e os tribunais internacionais e a escassa utilização dos precedentes internacionais serve para corroborar essa afirmação, apesar da construção teórica realizada até o momento indicar uma vinculação material.

Na realidade, nota-se que comumente, a citação às normas internacionais e a própria jurisprudência, quando feitas, obedecem a pressupostos meramente formais, com exceção, entre outros casos, do Recurso Extraordinário 511.961/ SP, em que o relator citou a importante interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva OC-05/85, de 13 de novembro de 1985.

Ainda assim, não só esse acontecimento é incomum, como se utilizou da *ratio decidendi* com efeito meramente argumentativo, não se reconhecendo a necessidade

institucional (que não existe formalmente no plano interno) de se efetuar essa adequação das normas internacionais ao plano interno, denominada de acordo com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos de controle de convencionalidade.

3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade consiste, em síntese, na necessidade da adoção pelo Estado das disposições necessárias para adequar sua legislação interna às normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e a interpretação conferida por ela pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), com a prevalência das normas de Direitos Internacional de Direitos Humanos³.

Desse modo, os Estados devem respeitar e garantir todos os direitos e liberdades reconhecidos nos tratados internacionais às pessoas sob sua jurisdição, bem como mudar ou adequar sua legislação para fazer efetivo o desfrute e o exercício destes direitos e liberdades.

Quando se trata das obrigações impostas ao Estado, trata-se de uma vinculação ao Judiciário e os órgãos vinculados à administração da justiça, que devem realizar o controle de convencionalidade *ex officio*, dentro de sua competência e regulamentações processuais correspondentes⁴.

O controle de convencionalidade não está presente de forma expressa no texto da CADH e foi instituído vinte anos após o funcionamento da CorteIDH, existindo a partir de uma construção jurisprudencial, que se fundamenta nos seguintes elementos normativos como fonte do instituto: 1) *pacta sunt servanda*; 2) o cumprimento de boa fé das obrigações internacionais; 3) impossibilidade de alegar disposições internas para justificar o descumprimento de compromissos internacionais (art. 27, da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados); 4) obrigação de adequação normativa do direito interno à convenção americana (arts. 1o e 2o, da CADH); e 5) garantia do efeito útil dos termos do tratado (BAZÁN, 2013, p. 599-601).

Observa-se que a despeito de qualquer questionamento quanto ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e a esse regime que demanda observação estrita aos Tratados Internacionais, esse movimento ocorreu de forma endógena, a partir de atos voluntários do Estado brasileiro, que de forma livre e espontânea resolveu se comprometer com os Direitos Humanos sob uma perspectiva internacional.

³ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso AlmonacidArellano e outros Vs. Chile. no 154, § 124.

⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso TrabajadoresCesadosdelCongreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, § 128.

Nesse contexto, observa-se que um dos principais exemplos que demonstra que o Judiciário brasileiro não se considera vinculado a seguir a orientação do Sistema Interamericano está na sentença que condenou o Brasil no caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil⁵, em função da não revisão das leis de anistia, por conta da sua incompatibilidade com as normas convencionais, conforme decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Alguns doutrinadores, como André Carvalho de Ramos e Breno Baía Magalhães analisam a existência de um diálogo judicial entre as Cortes, que apesar de não ter reconhecida uma vinculação jurídica, resultaria num processo de influência prática entre as instâncias. Esse processo demandaria a existência de dois pontos: inexistência de hierarquia e troca de experiências.

Os modelos do diálogo judicial abordam o diálogo de maneira metafórica: não há uma troca imediatas e espontânea de informações entre os diferentes tribunais (TREMBLAY, 2005, p. 630). A utilização do termo diálogo não está vinculada com sua utilização linguística corrente.

Portanto, de acordo com Magalhães, o diálogo judicial nem sempre será imediato, por depender da sobreposição da interpretação dos direitos fundamentais e humanos, ou espontâneo, por depender da apresentação formal da questão aos órgãos judiciais. (2015, p. 215).

Nesse contexto, surge a questão do por quê o Estado cumpre ou deveria cumprir às regras internacionais, se afastando de uma perspectiva puramente dogmática da vinculação normativa.

Para Chayes e Chayes, há uma tendência natural dos Estados em cumprir com as normas internacionais por três motivos: (1) eficiência, pois como as burocracias dos Estados estão inclinadas a seguir a regra do direito, os procedimentos e regras instituídas internacionalmente se tornam vias fáceis para se cumprir; (2) interesse, uma vez que, como os tratados internacionais são convencionados mediante rodadas de negociação, refletem intenções prévias dos Estados em cumprir; (3) normas, já que, como as obrigações legais restringem os Estados, uma obrigação internacional evita que o Estado a descumpra em âmbito doméstico(1993, p.175-200).

Para Donnelly, a atuação estatal em adotar e cumprir com um sistema de proteção dos Direitos Humanos diz respeito a mudança de paradigma do Estado, até então autoritário, que se impunha e buscava sua legitimação por meio da força e da repressão. Porém, em ambientes democráticos, a legitimação política ocorre com base no respeito, proteção e implementação dos direitos.

[...] Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos oferecem um padrão de legitimidade política. No mundo contemporâneo, Estados são legitimados na escala em que

⁵ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas 24 de novembro de 2010.

eles respeitam, protegem e implementam os direitos dos seus cidadãos. (2003, p. 43). (tradução nossa)

Não se pretende aqui estabelecer de maneira irresponsável que a internacionalização dos Direitos Humanos e a sua observância pelo Direito Interno seja a panaceia para todos os problemas, mas sim de garantir o cumprimento daquilo que foi espontaneamente assumido.

4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Conforme o artigo primeiro da aludida resolução do CNJ, determina que “toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão”.

Portanto, trata-se de ato processual penal – uma audiência – com o objetivo específico de apresentar o preso em flagrante perante o Juiz competente, para que seja analisada naquele momento a legalidade da prisão em flagrante, com seu eventual relaxamento, concessão de liberdade provisória, conversão em prisão preventiva ou outras medidas necessárias, desde que presentes os requisitos legais.

O termo “audiência de custódia”, apesar de ter sido consagrado, não possui nenhuma previsão normativa, nem na resolução do CNJ, nem nos tratados internacionais que a fundamentam, sendo uma construção doutrinária, que foi adotada inclusive pelos parlamentares que apresentaram projetos de lei acerca do assunto. Durante os debates no STF a respeito da ADI 5240/SP, o Min. Luiz Fux defendeu que se fosse adotado nomenclatura diversa, de “audiência de apresentação”.

Sua aplicação no Brasil se deu por iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que em parceria com o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça, editou em 22/01/2015 o Provimento Conjunto nº 03/2015, num movimento concertado com o Poder Executivo em busca de soluções para o sistema penitenciário brasileiro.

Não existe até o momento nenhuma lei sobre o assunto, apesar de se encontrar vários projetos que instituem no Código de Processo Penal a obrigatoriedade da audiência: 554/2011, 470/2015, 2803/2015. Em verdade, já existe inclusive o Projeto de Lei 4831/2016 que visa a extinção das audiências de custódias, o que, conforme sustentaremos, ainda que fosse aprovada, não teria eficácia em razão da sua inconveniência.

Importante observar que o CNJ, ao justificar a resolução do ponto de vista material, se vale dos seguintes argumentos: o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; a decisão nos autos da ADPF 347; decisão na

ADI 5240; relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014) e o relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos; o diagnóstico de pessoas presas apresentado pelo CNJ e o INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), publicados, respectivamente, nos anos de 2014 e 2015, revelando o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente.

Por fim, reconhece que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Portanto, a resolução do CNJ justifica a audiência de custódia com base em tratados internacionais, em decisões do Supremo Tribunal Federal, relatórios internacionais e nacionais sobre a questão dos presos provisórios, além de finalizar com um argumento de reconhecimento de prática de combate à tortura.

De fato, todos os argumentos são válidos e possuem respaldo técnico. Contudo, ainda que a audiência de custódia tenha sido finalmente instituída como obrigatória para todo o Brasil com base na Resolução do CNJ, nota-se que houve uma demora injustificada para a regulamentação desse mecanismo e a rejeição por parte de algumas categorias e até parlamentares, que julgavam haver uma inovação jurídica por parte do CNJ e não o mero cumprimento de compromissos internacionais contratados pelo Brasil.

A rejeição está sendo gradualmente dissipada, acatando-se a normativa, mas sem o reconhecimento geral de que se deu o controle de convencionalidade por parte das instituições brasileiras.

Reconhecida a necessidade da existência das audiências, parte-se para um momento posterior que trata da regulamentação das mesmas. Logo, o compromisso internacional de apresentação do preso em flagrante ao Juiz de Direito está concluído, sendo as regras internas uma problemática do Direito interno brasileiro.

5 CRÍTICAS AO MODELO ADOTADO NO BRASIL

A resolução do Conselho Nacional de Justiça, na ausência até o momento de produção legislativa própria, regulamenta o procedimento da audiência de custódia. Independentemente de se reconhecer que a resolução possui uma normatividade precária, até mesmo pelos aludidos projetos de Lei citados sobre o assunto, existem

questões materiais que merecem uma maior reflexão, a partir de um diálogo que envolva todos os órgãos da Administração da Justiça.

Apesar do CNJ ser composto por representantes dos principais envolvidos na realizada da audiência de custódia, inclusive do Ministério Público, assim como dos advogados (no qual entendemos abranger a Defensoria Pública), a regulamentação foi determinada de forma direta pelo Conselho, sem oportunizar um processo mais amplo de consultas aos outros atores envolvidos nessa questão.

Portanto, o atual modelo representa uma visão não suficientemente debatida e refletida do assunto. Não se busca desprestigiar o instituto, uma vez que além dos seus efeitos positivos em política penitenciária, trata-se do cumprimento de regras internacionais existentes.

Inicialmente, observa-se que de acordo com as atuais regras, a audiência de custódia não pode ser utilizada como prova para a instrução do processo penal. Ainda que se trate de uma fase prévia, ignorar a celebração desse momento para efeitos futuros probatórios representa um obstáculo na produção de provas em si, e consequentemente, na busca da verdade material do caso concreto.

Em nossa leitura, dispensar um ato em que estão presentes acusação, defesa e julgador é um desperdício ao sistema judicial e afasta o princípio da razoabilidade.

Logo, o objetivo dessa reflexão é garantir e proporcionar um modelo de audiência de forma integrada ao processo penal brasileiro, o que poderia ocorrer mediante a edição de lei. A audiência de custódia tem como finalidade principal oportunizar a todos os presos em flagrante uma resposta célere da Autoridade Judicial sobre o cabimento extremo dessa medida, ainda mais dentro de um processo penal que privilegia outras medidas cautelares.

Nesse sentido, só será mantido preso aquele que se encaixar precisamente nas hipóteses da prisão preventiva. De fato, o ordenamento jurídico brasileiro já consigna essa orientação, uma vez que já havia a obrigação da análise pelo Juiz da prisão em flagrante imediatamente, ouvido o Ministério Público, que decidiria pela ilegalidade do flagrante, da confirmação da prisão e a eventual conversão, se presentes os requisitos, em prisão preventiva ou no relaxamento da mesma.

Portanto, a audiência de custódia não inova no ordenamento jurídico nesse sentido. Ela apenas busca aperfeiçoar essa diretriz, garantindo uma celeridade maior de forma isonômica, uma maior possibilidade de esclarecer eventuais fatos e principalmente a tentativa de humanizar a situação ao colocar a pessoa na presença do Juiz e do Ministério Público, para que a decisão seja tomada com o conhecimento do indivíduo.

Por fim, a partir de uma observação empírica constada na prática das audiências de custódia, a principal dificuldade ocorre em razão da impossibilidade de se adentrar o mérito dos fatos. Ainda que numa perspectiva teórica esse preceito faça sentido, a proibição representa uma dificuldade desproporcional para a parte acusatória.

Empiricamente, observou-se que o Ministério Público, quando constatou não estar presente os requisitos da prisão preventiva, pediu o relaxamento da prisão. No entanto, nos casos em que estariam presentes os requisitos para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, a atual regulamentação da audiência de custódia apresenta óbices na caracterização dos requisitos.

Um dos requisitos para a prisão preventiva é justamente a confirmação da autoria do tipo penal, e existe uma dificuldade em caracterizar a autoria sem abordar o mérito. Portanto, não se busca adentrar o mérito como forma de pedir a prisão preventiva, mas a impossibilidade de abordar essa questão para estabelecer a autoria dificulta a questão.

Trata-se de um problema prático, que se encontra no limiar do direito de defesa e do direito de acusação. Dessa forma, é necessário que seja estabelecido um parâmetro adequado do que se pode ou não ser enfrentado na audiência de custódia, que permita de forma limitada o enfrentamento de certas questões do fato que podem se confundir com o mérito. Não é uma tentativa de se diminuir direitos dos cidadãos, mas tão somente instrumentalizar esse instituto de forma coerente à legislação processual penal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar a instituição das audiências de custódia pelo CNJ a partir de uma obrigação internacional existente, que apesar de ter sido contraída pelo Brasil por meio do Poder Executivo e do Poder Legislativo, pode e deve ser respeitada por todos os órgãos internos, inclusive os responsáveis pela Administração da Justiça.

Preliminarmente, demonstrou-se os fundamentos normativos que exigiam que o Brasil instituisse uma forma de apresentação do preso em flagrante ao juízo competente e como foi o desenvolvimento desse instituto até o presente momento, que ainda está distante de ser o momento final.

Logo, reconheceu-se que para a evolução do instituto, dentro da margem de apreciação existente da norma internacional, é preciso que surja uma lei que regule formalmente às audiências, promovendo algumas alterações do presente modelo imposto pelo CNJ, recebendo contribuições para o seu aperfeiçoamento quanto à regulamentação de todos os setores jurídicos do Brasil e a análise da experiência de outros países.

Dessa forma, a crítica que se fez não buscou desconstruir a necessidade das audiências de custódia, já que sem adentrar na sua pertinência criminológica, o Brasil soberanamente assumiu esse compromisso internacional que precisa ser cumprido.

VALIDITY OF THE CUSTODY HEARINGS AND CRITICAL NOTES OF ITS IMPLEMENTATION IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: The article starts by demonstrating Brazil adherence to the international system of Human Rights, which is based on the obligation to adopt international rules. Synthetically, it is demonstrated the reasons which led the State to abide to these obligations and how it should be implemented. In this context, it will be shown that the custody hearings were established from the necessity to suit the internal system to the international obligations, which does not exempt from criticism the current regulation of the hearings.

KEYWORDS: Custody hearings. Conventionality control. Human Rights.

REFERÊNCIAS

BAZÁN, Victor. Control de convencionalidad, puentesjurisdiccionales dialógicos y protección de losderechos humanos. BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia;

ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.) *Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 590-616.

CARVALHO RAMOS, André de. *Pluralidade das Ordens Jurídicas: A Relação do Direito Brasileiro com o Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2012b.

CHAYES, Abram e CHAYES, Antonia Handler. *On Compliance*. International Organization. v. 47, no.2, 1993.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

_____. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

_____. *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil*. Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas 24 de novembro de 2010.

DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 2.ed. Londres: Cornell University, 2003.

FONSECA Jr., Gelson. *Alguns Aspectos da Política Externa Brasileira Contemporânea. A Legitimidade e Outras Questões Internacionais: Poder e Ética entre as Nações*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

LINDGREN ALVES, José Augusto. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

MAGALHÃES, Breno Baía. *Pluralismo Constitucional Interamericano: leitura plural da Constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2015. 315 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

TREMBLAY, Luc. *The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures*. *International Constitutional Law Journal*, vol. 3, no 04, p. 617-648, 2005.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: REFLEXÕES INICIAIS

LUANA ROCHELLY MIRANDA LIMA PEREIRA¹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo abordar o incidente de resolução de demandas repetitivas a partir do contexto atual do sistema jurídico processual, com vistas a garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Nesse diapasão, irá apontar os possíveis referenciais teóricos estrangeiros da concepção desse novo instituto correlacionando-os. Ao final será tratada a forma procedimental do instituto, tratando dos benefícios de sua aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: Incidente de resolução de demandas repetitivas. Direitos fundamentais. Teoria. Prática.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A CULTURA PREDECESSORA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 3 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. **3.1 Fundamentos, conceito, natureza jurídica e aportes teóricos.** **3.2 Processamento.** *3.2.1 Legitimação. 3.2.2 Decisão de Admissão. 3.2.3 Instrução. 3.2.4 Julgamento.* 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco o incidente de resolução de demandas repetitivas novo instrumento processual trazido no atual Código de Processo Civil, que objetiva racionalizar as demandas repetitivas através da fixação de tese jurídica vinculativa com vistas a dar tratamento isonômico e célere aos casos semelhantes, acarretando com isso segurança jurídica.

Tratam-se de reflexões iniciais sobre esse novo instrumento processual, não temos a pretensão de esgotar o tema. Assim, faremos uma breve referência sobre o contexto atual do nosso sistema jurídico processual, abordando os possíveis aportes teóricos da doutrina estrangeira na concepção do incidente de resolução de demandas repetitivas e um breve estudo do procedimento em si.

¹ Defensora Pública Estadual de 2ª entrância. Mestranda na linha de pesquisa Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos pela UFPA.

O presente trabalho serve-se do método dedutivo, com pesquisa de cunho qualitativo através do levantamento bibliográfico das obras de doutrinadores estrangeiros como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Richard Posner, assim como doutrinadores de processo civil nacionais como Luiz Guilherme Marinoni, Antonio do Passo Cabral dentre outros. Além da análise dos artigos referentes ao incidente de resolução de demandas repetitivas previstos no Código de Processo Civil.

2 A CULTURA PREDECESSORA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com a instituição da lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, o Novo Código de Processo Civil traz um arcabouço ideológico distinto do antigo Código de Buzaid, daí a necessidade de sua interpretação à luz das teorias jurídicas que o forjaram.

A antiga legislação processual, fortemente influenciada pela processualística alemã do final do século XIX e italiana da primeira metade do século XX, trazia conceitos puramente formais e impermeáveis ao direito material.

Na lição de Marinoni (2016, p. 566), o Código de Buzaid era considerado em suas linhas gerais individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade tendencialmente irrestrita e da segurança jurídica como defesa da manutenção do *status quo*, pensado a partir da ideia de dano e preordenado a prestar tão somente uma tutela repressiva aos direitos.

Constata-se, portanto, a influência nítida do Estado Liberal na figura do Estado-mínimo, onde a liberdade corporificava-se no livre e irrestrito exercício da vontade. Era o dogma da autonomia individual.

Em razão disso, o antigo código não tinha compromisso com questões de cunho social e metaindividuais, ao revés o sistema era desenhado para a tutela de direitos partindo do pressuposto da afirmação de um litígio entre duas pessoas em juízo, permitindo no máximo a intervenção de terceiros, individualmente considerados, que se julgassem com interesse jurídico no direito posto em causa.

O valor segurança, por sua vez, era entendido em razão da desconfiança com a atuação do Estado, por isso, não havia previsão de tutela provisória, a decisão só era prolatada depois de cognição plena e exauriente e apenas tornava-se eficaz após reexaminada *in totum* pelo Tribunal. Nessa linha, o juiz era visto como mero declarador da lei, o juiz “boca da lei”, sem espaço para interpretações jurídicas.

A partir da Constituição Federal de 1988, que trouxe inúmeros direitos não apenas individuais, mas principalmente garantias e direitos sociais, em sendo a Lei Máxima a norma fundamental de todo o ordenamento jurídico, era necessária a adequação do sistema para a concretização de seus ditames.

Assim foi necessário o resgate da “substancia” da lei à luz da Constituição Federal, encontrando-se os instrumentos capazes de permitir a sua adequação aos princípios de justiça de modo racional e democrático.

Nesse viés seguiram-se as reformas de 1994, 2002, 2005 e 2006 era o início ou ensaio de uma mudança paradigmática, uma vez que a jurisdição paulatinamente estava deixando de ser meramente declaratória para uma realidade construtivista, em que o judiciário tem a função não de declarar a lei, mas de interpretar à luz dos ditames constitucionais.

Diante disso, o processo deixou de ser um instrumento voltado à simples atuação da lei para passar a ser um instrumento preocupado com a tutela dos direitos, na medida em que o judiciário além de atribuir significado aos dispositivos constitucionais, legais e caso concreto, tem o dever de compreender a legislação na dimensão dos direitos fundamentais.

A concretização do processo adequado, portanto, no Estado contemporâneo perpassa pela efetividade da participação das partes na formação das decisões, o direito ao procedimento adequado à tutela do direito material e em conformidade com os direitos fundamentais.

O novo Código de Processo Civil alinhado com esse pensamento já no seu artigo primeiro traz que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Para Hermes Zaneti Jr (2016, p. 364), demos um salto dos modelos privatistas e publicistas ligados aos Código de Processo de 1973, indo diretamente para o paradigma constitucional que combina, ao mesmo tempo, direitos liberais e direitos sociais, direitos individuais e coletivos, direito público e direito privado, na matriz pluralista do Estado Democrático Constitucional.

Acreditamos que o ápice dessa mudança paradigmática vem com a inserção dos precedentes judiciais, técnica utilizada no *common law*, e que foi adaptada ao nosso sistema jurídico, onde o judiciário terá um protagonismo essencial na efetivação dos direitos fundamentais. E o incidente de resolução de demandas repetitivas, nosso objeto de estudo, retrata bem essa mudança de paradigma.

Ora, se o modelo que inspirou a nova legislação processual é estrangeiro, nada mais obvio a leitura desse instituto à luz das teorias que a inspiraram.

Depreendemos do conjunto do novo Código de Processo Civil, não de maneira exaustiva, mas meramente exemplificativa a influência de doutrinadores estrangeiros como Ronald Dworkin, com sua teoria do direito como integridade; Robert Alexy, com sua teoria da argumentação jurídica; Richard Posner, com sua teoria econômica do direito. Tratam-se de inspirações na medida em que devem ser entendidas de forma temperada à luz da realidade do sistema processual nacional.

À primeira vista as teorias desses pensadores parecem inconciliáveis, entretanto, através de um olhar seletivo, verificamos pontos conciliáveis que se adequam a realidade do nosso sistema jurídico atual.

O presente trabalho não tem a pretensão de indicar os aportes teóricos da nova legislação processual, como já mencionado, tratam-se de reflexões iniciais acerca dos possíveis referenciais da doutrina estrangeira e seus reflexos no incidente de resolução de demandas repetitivas.

3 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

3.1 Fundamentos, conceito, natureza jurídica e aportes teóricos

Nas sociedades contemporâneas, em razão da concentração demográfica nos centros urbanos, globalização, o aumento das relações de consumo, a virtualização das relações jurídicas, dentre outros fatores, percebemos o crescimento e a repetição de vínculos jurídicos e o consequente aumento dos conflitos levados ao judiciário.

Neste cenário, para Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2009, p. 20-21) é possível identificar três tipos de litigiosidade: “a individual ou de varejo”, que envolve lesões e ameaças a direito de forma isolada; a “coletiva”, que envolve direitos coletivos lato sensu; e a “litigiosidade em massa ou em alta intensidade”, que trata de ações individuais repetitivas ou seriadas, que possuem como base pretensões isomórficas com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa.

Nos deteremos a litigiosidade de massa ou em alta intensidade, que o código chamou de demandas repetitivas. Tais conflitos judicializados decorrem em sua grande maioria de relações jurídicas padronizadas ou seriadas, que reproduzem, com o mesmo desenho, causa de pedir e pedidos similares. É a massificação de demandas.

A tarefa judiciária vem encontrando obstáculos de natureza institucional, estrutural e procedimental. Institucional em razão da crescente ampliação de ações com viés de natureza política e econômica, gerando delicado jogo de equilíbrio entre os poderes; estrutural em razão da sua insuficiência em executar suas funções, ocasionando falta de agilidade burocrática; e procedimental em razão do formalismo dos meios e inadequação do instrumento processual (SILVA., 2013. p.12-24).

Esse quadro demonstra a crise que o judiciário brasileiro enfrenta, caracterizado pelo extraordinário número de processos, pela lentidão de tramitação dos feitos, pela falta de previsibilidade das decisões, pela pouca efetividade de seus julgados e pelo número expressivo de recursos. Assim, o judiciário que não consegue atender a demanda

popular, seja no campo quantitativo quanto qualitativo e, em razão disso, já não traz a justiça tão almejada pela sociedade.

Este é um caminho que não retrocede, daí a necessidade de adequação da técnica processual, uma vez que os meios processuais tradicionais se mostram insuficientes.

Atento a esse fenômeno, o Código de Processo Civil de 2015, trouxe em seus artigos 976 e seguintes o incidente de resolução de demandas repetitivas que tem como objetivo a prolação de uma única decisão que fixe a tese jurídica sobre uma determinada controvérsia de direito que se repita em numerosos processos.

As demandas repetitivas, para o nosso direito positivo, são processos que contém questões jurídicas homogêneas. Não há necessidade de uma relação substancial padrão e tampouco de uniformidade em relação às causas de pedir e pedidos. O necessário é a presença de controvérsia sobre ponto de direito que se repita em vários processos.

Antônio do Passo Cabral (2015, p.1420) sustenta que as questões objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas podem ser comuns a inúmeros direitos, relações e situações jurídicas de estrutura muito heterogênea, mas no bojo das quais haja um estrato comum da discussão. Não há nem comunhão de direitos nem a mesma causa de pedir ou pedido.

Importante destacar que o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve questão de direito, fixando a tese jurídica, que será posteriormente aplicada tanto nos casos que serviram como substrato para a formação do incidente, como nos demais casos pendentes e futuros. Isso ocorre porque seu objeto está restrito às questões de direito – material ou processual – que se repetem em diversos processos.

Nesse sentido parece haver uma objetivação do incidente. Ele não visa à resolução dos casos concretos e a declaração ou satisfação de direitos subjetivos, ao contrário do que ocorre no processo civil “tradicional”, o incidente não é técnica que visa ao julgamento da lide (subjetivo).

O incidente se preocupa preponderantemente com a tutela do direito objetivo, com a resolução de um conflito normativo, com a coerência do ordenamento jurídico, que irá repercutir diretamente na seara social.

É uma atividade que envolve abstração e concretude.

Sofia Temer (2016, p.74) esclarece que o Tribunal partirá de situações fáticas concretas, que se apresentam nos casos repetitivos e que são observadas, em geral, na realidade, abstraindo delas elementos que lhes sejam homogêneos e importantes para a questão analisada, e descreverá, então, uma situação fática-tipo, que será vislumbrada como modelo fático para posterior aplicação da tese.

Fixada a tese jurídica, a aferição dos fatos em concreto será feita pelos juízos em que tramitarem os processos, por ocasião do julgamento das demandas.

Hermes Zanetti Jr (2015, p.1.336-1.338) explica que:

Esse movimento de abstração e concretude não ocorre apenas entre fatos concretos e os fatos projetados no tipo, mas também é um movimento de indução e dedução entre fato e texto normativo, ou seja, um “ir e vir” entre questão de fato e questão de direito, em que um conforma o outro, o que torna complexa a atividade jurisdicional no IRDR.

Assim, o incidente tutela preponderantemente o direito objetivo porque não visa diretamente à tutela de conflitos subjetivos, mas a sua repercussão está diretamente ligada aos conflitos subjetivos subjacentes.

O instituto tem como fundamentos justificantes a isonomia, que determina o tratamento e solução uniforme às mesmas questões; a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais; e a celeridade, através da prestação jurisdicional em tempo razoável.

Assim, o incidente tem como meta concretizar a isonomia entre os jurisdicionados, tratando de forma uniforme questões comuns, para que a mesma questão jurídica tenha idêntica interpretação e aplicação, no intuito de superar o quadro atual de prestação jurisdicional díspar a casos idênticos, prestigiando a previsibilidade e a estabilidade do provimento judicial.

A segurança jurídica concretizada pela isonomia, previsibilidade e estabilidade estabelece padrões de conduta confiáveis aos jurisdicionados.

Marinoni (2011, p.109) alerta que “tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a estabilidade do poder e para a manutenção da segurança necessária ao desenvolvimento das relações sociais”.

Tal mecanismo traz integridade ao sistema. O princípio da integridade, nos moldes do pensamento de Ronald Dworkin (2015, p. 271-273) na órbita jurisdicional, conduz à ficção jurídica de que os direitos e deveres legais possuem um único autor, qual seja a comunidade personificada, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade; e ainda, que as proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática da comunidade. Por isso, o direito como integridade no pensamento do autor é tanto produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração.

As decisões proferidas anteriormente (precedentes) possuem considerável importância na teoria de Dworkin, pois para ele:

Uma interpretação tem por finalidade mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível, e uma interpretação de qualquer parte de nosso direito deve, portanto, levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões

foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias. (DWORKIN, 2014, p. 292).

Tendo como norte essa diretriz, entendemos que o incidente de resolução de demandas repetitivas agrega integridade ao sistema jurídico, na medida em que a fixação da tese jurídica, tendo em vista que os direitos e deveres legais possuem como autor a sociedade, traz pluralidade ao debate o que tende a gerar a melhor interpretação construtiva para a solução da questão de direito, que ao fim e ao cabo será utilizada para todos os casos semelhantes.

Sob outro enfoque, considerando a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy (2012, p. 217-218), todas decisões judiciais e incluindo as colegiadas devem apresentar coerência em suas justificativas para que se tornem racionais. A decisão deve conter justificativas internas, no sentido de que o dispositivo deve decorrer logicamente da fundamentação e contemplar todos os argumentos das partes (justificação formal) e justificativa externa que corresponde a necessidade de não contradição no discurso jurídico, concerne à adequação das escolhas das premissas empregadas na justificação interna (justificação material).

Apenas com uma fundamentação racional, pautada na coerência, é que teremos a universalidade necessária para um sistema de precedentes judiciais.

Entendemos que a fundamentação racional nas decisões colegiadas deve gerar unicidade de raciocínio, o que determina que os votos sejam apresentados de forma coesa e dialógica, para que seja garantida a justificação racional. O que se vê atualmente é uma “aparência” de colegialidade, onde a deliberação é apresentada com a soma dos votos dos magistrados que compõem o órgão, muitas vezes, contraditórios entre si, gerando total falta de justificativa racional para as decisões.

Para Daniel Mitidiero (2016, p. 68), sem racionalidade não há como realizar um controle intersubjetivo das razões invocadas pelo interprete para suportar suas decisões diante das dúvidas interpretativas surgidas em face do direito aplicável. Uma interpretação é racional quando a atividade do interprete é justificada e o seu resultado é coerente e universalizável.

Com relação à celeridade, o incidente permite a redução do tempo de tramitação dos processos em que há questão comum, pela adoção da tese fixada, limitando a rediscussão do tema e a resolução concentrada das questões repetitivas possibilitando o “desafogamento” do judiciário e permitindo que a máquina judiciária seja empregada para resolver outros conflitos.

Assim, há um privilégio da economia processual, com a racionalização da atividade jurisdicional. Sobre os impactos econômicos da litigiosidade repetitiva, Guilherme Rizzo Amaral (2011, p.236) defende:

Além de atingir efetividade e segurança, a massificação dos litígios produz efeitos econômicos importantes. O custo da manutenção

de enormes estruturas, internas e terceirizadas, para administrar a demanda massificada, torna-se um verdadeiro ‘imposto’ cobrado da iniciativa privada. Como tal, é impossível imaginar cenário no qual não seja repassado ao preço final de todo e qualquer serviço ou produto. Ao fim e ao cabo, este custo é diluído e pago por toda a sociedade.

Entendemos que as duas perspectivas de eficiência processual, relacionadas por Michele Taruffo (2008, p. 185), a primeira relacionada com a velocidade dos procedimentos e a redução dos custos, de sorte que quanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior seria a eficiência; e a segunda relacionada com a qualidade das decisões e sua fundamentação, conduzindo à necessidade de adoção de técnicas adequadas, corretas, justas e equânimes, estariam conformadas no incidentes de resolução de demandas repetitivas. Explicamos.

O incidente de demandas repetitivas agrega qualidade ao processamento e julgamento da questão controvertida uma vez que o debate é plural e todos os argumentos pertinentes a questão podem ser trazidos pelas partes e por interessados, trazendo consistência e abundância ao debate. Ademais o julgamento do incidente goza de prioridade de tramitação, tem prazo fixado em lei de um ano para ser encerrado, podendo ser prorrogado por decisão fundamentada.

De outro lado, o processo sobrestado, em que pese a aparência de “perda de tempo”, após o julgamento do incidente com a definição da tese jurídica pertinente ao caso, terá definição em pouco tempo, uma vez que a questão de direito já fora definida. Principalmente porque as demandas massificadas possuem além de questão de direito similares, também questão de fatos similares (como por exemplo relação contratual consumerista, previdenciária, etc.) o que não demandaria tanta dilação probatória para sua aferição.

Não temos muitos dados estatísticos da duração dos processos na justiça brasileira. Mas o IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, analisou o custo e a duração de processos de execução fiscal na Justiça Federal e publicou através do Comunicado nº 83 que o tempo médio de tramitação desse tipo de demanda é de 8 anos, 2 meses e 9 dias. (IPEA, Comunicado nº 83, disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf, acesso em 10/06/2016).

Ressalta-se que no processo executivo fiscal, em razão de sua própria natureza, tende a ser menos moroso que os processos de conhecimento, que entendemos deva ser a maioria das demandas repetitivas, tal informação apenas confirma o que já sabemos na prática: o processo judicial no Brasil tem duração irrazoável.

Aliado ao tempo, o custo para o sistema diminui, uma vez que não existirão demandas tramitando ao mesmo tempo, que poderiam culminar em decisões díspares e que em razão disso demandariam recursos aos tribunais. Com o novo instrumento

processual haverá um enxugamento do custo e uma racionalização processual, que beneficia os litigantes de outros tipos de demanda, já que seus processos ganhariam em celeridade.

Assim, ao que parece o incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser um instrumento importante para a eficiência processual em suas duas perspectivas.

Richard Posner (2012, p. 357-374) com a sua análise econômica do direito e o seu pragmatismo jurídico defende que o judiciário quando de suas tomadas de decisões, deve ir além da argumentação jurídica e através do arcabouço da transdisciplinariedade, com decisões responsáveis deve pensar em alterar a realidade além dos muros do processo, no sentido de concretizar a justiça almejada pela sociedade.

Para Posner (2012, p. 412-415), o processo decisório pragmático é orientado pelo objetivo de fazer a escolha que produza os melhores resultados. O juiz pragmático deve levar em conta todas as fontes de direito e os argumentos jurídicos pertinentes a determinada causa.

Entendemos que o incidente de resolução de demandas repetitivas tem esse caráter pragmático, já que possui o prisma da eficiência, substituindo o sentido de duelos fechado no processo, reduzindo seus custos, racionalizando a prestação jurisdicional, ao mesmo tempo que qualifica o debate e traz uma maior responsabilidade ao trato do processo, notadamente em vista da enorme repercussão social da decisão.

Além dos efeitos já apresentados, existem ainda efeitos extraprocessuais e extrajurídicos da atividade jurisdicional. Nesse sentido a adoção do incidente de resolução de demandas repetitivas traz consequências sociais mais amplas, principalmente com relação à pacificação social e o fortalecimento da democracia.

Esperamos que no incidente de resolução de demandas repetitivas, tendo em vista o grande interesse social e a garantia de participação dos sujeitos interessados, as decisões reflitam o debate plural argumentativo e se apresentem de forma coerente.

3.2 Processamento

O incidente de resolução de demandas repetitivas será instaurado quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, a lei não definiu um número mínimo de casos.

Diante disso, acreditamos que apesar de inicialmente o número de casos indicar pouca repercussão, se acaso a questão de direito tiver potencial de replicação massiva, mesmo com poucos casos atuais incidente poderá ser deflagrado.

De outra sorte, casos já em fase de processamento, notadamente aqueles que dizem respeito a questões previdenciárias ou mesmo consumeristas, que tragam questões de direito comuns, já podem gerar a instauração do incidente.

3.2.1 Legitimação

A nova legislação Processual dispõe que serão legitimados para provocar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas o juiz ou relator, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública (artigo 977, incisos I a III).

Verifica-se, portanto, que o incidente pode ser instaurado não apenas por iniciativa das partes, mas pelo próprio órgão jurisdicional e pelas instituições públicas essenciais à Justiça. Assim, trata-se de legitimidade extraordinária específica para o ato já que não se vincula diretamente com a relação subjetiva processual.

O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do Tribunal.

Como já verificado, em se tratando apenas de fixação de tese jurídica, não havendo julgamento da lide subjetiva em concreto, entendemos que não há que se falar em descumprimento do princípio do juiz natural. Eis que, como veremos mais à frente, após a fixação da tese, os processos deverão ser devolvidos para processamento e julgamento junto ao órgão originário.

É possível que haja mais de um pedido ou ofício requerendo a instauração do incidente em relação à mesma questão e dirigido ao mesmo Tribunal. Em caso de pluralidade de pedidos, deverão ser reunidos para processamento conjunto.

Caso essa pluralidade de pedidos ocorra após a admissão do incidente – o que dificilmente ocorrerá, uma vez que a admissão gera a suspensão dos processos – em razão da prevenção, ao órgão prevento serão encaminhados tais pedidos.

Em havendo pedidos de instauração de incidente sobre a mesma questão perante tribunais diversos, sejam Estaduais ou Regionais, os casos terão processamento normal, que em casos de decisões dissonantes poderão ser uniformizadas através de recurso especial ou extraordinário. Salvo quando houver decisão de suspensão nacional, onde todos os processos serão sobrestados até decisão do órgão nacional.

Importante mencionar que o incidente será inadmitido quando já houver sido afetada a mesma questão para julgamento mediante a técnica de recursos repetitivos pelos tribunais superiores (artigo 976, parágrafo quarto do Código de Processo Civil).

3.2.2 Decisão de Admissão

Ao presidente do tribunal caberá receber o pedido e encaminhá-lo ao órgão indicado no regimento interno do respectivo tribunal, que deverá ser o responsável pela uniformização de jurisprudência. Entretanto, em caso de pedido de declaração de inconstitucionalidade de norma, em razão da clausula de reserva de plenário, o pedido deve ser julgado pelo plenário ou órgão especial, nos moldes do artigo 97 da Constituição Federal.

A decisão de admissão deverá ser colegiada e avaliará a presença dos requisitos de cabimento do incidente. Em caso de inadmissão do incidente por ausência de requisitos, o

juízo de admissibilidade será negativo, mas em caso de posterior cumprimento de requisitos pode ser intentado novamente.

Entendemos que antes da inadmissão, em uma interpretação sistemática da nova legislação processual, deverá ser oportunizado ao legitimado requisitante e até mesmo aos outros legitimados a complementação.

Em caso de juízo positivo de admissibilidade, a decisão (1) fixará a definição provisória do objeto do incidente e (2) suspenderá a tramitação dos processos que versem sobre tal questão.

Assim, a decisão irá delimitar sobre o que se refere o incidente, indicando a questão jurídica, os argumentos ou teses dissonantes apresentadas e os dispositivos normativos relacionado à controvérsia. Só então serão suspensos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou região sujeitos a jurisdição do órgão prolator da decisão.

Importante destacar que a suspensão pode tornar-se nacional se requerida aos tribunais superiores (artigo 982, parágrafo terceiro).

Considerando que um dos objetivos do incidente é permitir a participação democrática dos envolvidos, entendemos que haja, mesmo que em bloco, a necessidade de decisão de suspensão dos processos, para que as partes possam ser intimadas e a partir daí possam, se quiserem, atuar e influir no incidente com vistas a melhor tomada de decisão judicial.

Outro aspecto importante da intimação da decisão de sobrestamento é facultar as partes, através do contraditório, manifestação acerca do enquadramento do seu processo na tese jurídica em apreciação no incidente. Casos entenda que o caso concreto não se assemelha ao fato-tipo descrito pelo tribunal, poderá demonstrar isso no processo e comprovada a distinção deverá ser revogada a suspensão do processo.

Admitido o incidente deve haver ampla divulgação e publicidade, com o registro no banco de dados dos tribunais e do Conselho Nacional de Justiça. Trata-se de legitimação da eficácia da decisão, é necessário que a sociedade seja informada do debate para que possa participar e influir na formação da melhor tese jurídica.

O relator ainda por ocasião da decisão de admissão poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente e intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se.

3.2.3 Instrução

Para Antonio do Passo Cabral (2015, p 1439), após a fase inicial de preparação, o órgão julgador, que terá recebido mais subsídios sobre a controvérsia, poderá modificar a delimitação anterior fixando definitivamente o objeto do incidente. Trata-se de aplicação no artigo 1.037, inciso primeiro do Código de Processo Civil.

Entende o autor, que com a situação mais amadurecida, pode o tribunal verificar a incidência de outras questões não definidas em um primeiro momento ou mesmo

que há questões que foram afetas inicialmente, mas que não necessitam passar pela uniformização.

Essa estabilização da questão de direito exigirá relação de congruência entre a afetação e a decisão de mérito (TEMER, 2016, p. 128-129).

Importante ressaltar que esta afetação poderá repercutir nos processos sobrestados, pelo que deve haver comunicação aos juízes *a quo*.

O Código não traz com detalhes a forma de atuação dos sujeitos processuais. Entretanto, considerando que a abertura à participação no incidente revela uma manifestação de democracia deliberativa, que objetiva a legitimação da decisão judicial, entendemos que deve haver um diálogo racional perante toda a sociedade.

Nesse sentido, ao que parece os sujeitos poderão atuar no incidente quando tiverem interesse e legitimidade para o ato específico a ser praticado (DIDIER, 2015, P. 342), o que não estará necessariamente vinculado a uma posição da relação jurídica subjetiva.

Para Sofia Temer (2016, p. 148-149), é possível defender que a estrutura subjetiva do incidente de resolução de demandas repetitivas é *multipolarizada*, o que decorre da pluralidade argumentativa, elemento indispensável para permitir a consolidação de entendimento judicial sobre a questão jurídica.

Trazendo elementos sobre o *Musterverfahren*, procedimento modelo alemão, que inspirou o incidente de resolução de demandas repetitivas, Cabral (2007, p. 135) argumenta acerca da necessidade da intermediação por meio de um porta-voz, de um sujeito condutor, que conduzirá o diálogo, apresentando os argumentos para a resolução da questão.

Conforme já mencionado, em razão da objetivação da demanda, nos afastamos da legitimação ordinária que permeia o processo tradicional. No incidente existe legitimação extraordinária, razão pela qual não há necessidade de que a parte na demanda originária seja necessariamente o sujeito condutor, eis que a tarefa se aproxima do interesse público de dirimir controvérsias que maculem a ordem jurídica.

Assim, entendemos que o sujeito condutor deve ser aquele que possa transpor o máximo de razões para o incidente, com relação à abrangência e profundidade dos argumentos, já que é ele que exercerá o direito ao contraditório, não se restringindo a eventuais partes dos processos sobrestados. A participação dos demais sujeitos será exercida em relação ao convencimento.

Para Sofia Temer (2016, p. 165), caso haja “correntes” argumentativas claras, ou seja, “teses independentes umas das outras, o ideal seria que o tribunal escolha um líder para apresentar cada uma dessas “correntes”.

Parte da doutrina vem defendendo que os sujeitos dos processos sobrestados poderiam intervir no incidente de resolução de demandas repetitivas na condição de assistentes litisconsorciais, ou mesmo como assistentes simples (DIDIER JR e ZANETTI JR, 2013, p. 264).

Concordamos com esse entendimento, entretanto, ressalva-se o necessário respeito à natureza do instituto, no sentido de que foi criado para democratizar o debate, mas também para implicar eficiência e celeridade à resolução da questão de direito, assim, o grande número de intervenções podem gerar o desvirtuamento da técnica, razão pela qual pensamos que deve haver algum tipo de limitação no sentido de evitar a repetição argumentativa. Já que apenas argumentos novos teriam o condão de provocar novo debate sobre a questão.

A participação do *amicuscuriae* é prevista no artigo 983 do Código de Processo Civil, não exatamente nestes termos, mas podemos depreender já existe determinação para que o relator ouça interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, ocasião em que poderão juntar documentos e requer diligências.

Para Cabral (2004), o permissivo à oitiva do *amicuscuriae* é a presença de interesse público no processo, devendo haver ampliação do contraditório em razão do mandamento da participação como objetivo político do processo e do postulado de depuração da prestação jurisdicional, pelo aspecto colaborativo do contraditório.

Há ainda a previsão de possibilidade de designação de audiência pública para a oitiva da sociedade civil, pessoas com experiência e/ou expertise na matéria decidida. É a demonstração da necessária pluralidade do debate. Notadamente em razão da repercussão de uma decisão tomada em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, eis que vinculará não apenas os processos pendentes, mas processos futuros.

A ideia é que haja amplo debate argumentativo, não apenas entre os interessados, mas também a sociedade civil e pessoas, órgãos ou instituições que possam colaborar com a solução da controvérsia.

3.2.4 Julgamento

O julgamento será realizado pelo órgão colegiado a quem caiba a uniformização da jurisprudência. O relator, após a instrução processual, deverá solicitar a inclusão do incidente de resolução de demandas repetitivas em pauta, com antecedência razoável para que os sujeitos envolvidos se preparem para o julgamento e a sociedade civil possa acompanhar.

Na sessão serão expostos o objeto do incidente, ou seja, a questão de direito controvertida e os argumentos apresentados pelos sujeitos condutores, sobrestados, *amicuscuriae*, Ministério Público, Defensoria Pública, enfim, todos os envolvidos.

Os sujeitos podem realizar sustentação oral, nos moldes do art. 984 inciso segundo do Código de Processo Civil.

O Código prevê que o incidente deverá ser julgado no prazo de um ano e sua tramitação será preferencial em relação aos demais processos, salvo habeas corpus e

processos com réu preso. Entretanto, tal prazo pode ser prorrogado por decisão fundamentada.

A decisão de mérito do incidente é o ato que, analisando todos os fundamentos aventados, soluciona a questão de direito, fixando a tese que será observada posteriormente nos julgamentos das demandas repetitiva pertinentes.

No entendimento de Alexandre Câmara (2015, p. 437), ao contrário dos sistemas jurídicos vinculados à tradição do *common law*, que quem diz que uma decisão judicial é precedente é o juiz do caso seguinte, no direito processual civil brasileiro, o precedente é criado para ser precedente vinculante, assim, pode -se dizer que tais pronunciamentos são “precedentes de propósito”.

Nessa seara, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas foi feita para ser “precedente” eis que a decisão tem por objetivo servir de padrão para todos os casos pendentes e futuros que tratem da questão de direito analisada. Foi uma opção legislativa.

Ao contrário do que acontece no precedente entendido como no *common law*, que advém de uma decisão de um caso concreto, ou seja, de uma situação fática determinada, no incidente de resolução de demandas repetitivas essa situação fática será virtual e não real, porque não será apurada e comprovada. O tribunal abstrairá das circunstâncias concretas um fato-tipo, o qual ser descrito na decisão e a cognição relevante do incidente será predominantemente de direito, sendo o objeto questão jurídica repetida. Em razão disso, o tribunal precisa adotar razões universalizáveis.

Diante disso, deverá ser extraído um padrão decisório para julgamento dos outros casos repetitivos, com eficácia vinculativa.

Em que pese a eficácia vinculativa e a intenção de estabilidade, segurança e uniformidade, não se pode pretender um engessamento do sistema. Assim, a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser revista ou superada a tese com base em fundamentos não sopesados pelo tribunal por ocasião da fixação, para tanto deverão ser utilizados os métodos previstos para revisão e superação de precedentes.

Não é demais ressaltar, que à vista dessas novas alterações processuais deve-se ter em mente a necessária alteração dos nossos paradigmas. Se na legislação processual superada entendíamos que a eficácia vinculativa das decisões ocorreria somente em relação ao dispositivo das decisões. Atualmente, face a nova sistemática a fundamentação adquire especial importância, porque dela se extrai o padrão decisório, ou seja, a fundamentação terá eficácia vinculativa e não apenas o dispositivo.

A eficácia vinculativa dos precedentes incide em relação aos motivos ou fundamentos da decisão que seja determinante para a conclusão da decisão, porque é dele que se extrai a norma aplicável aos casos análogos (MARINONI, 2011, p. 260).

Diante disso, são os fundamentos da decisão e não o seu dispositivo que são aplicados aos casos concretos. O incidente de resolução de demandas repetitivas não faz

coisa julgada material, já que como analisado, pode ser revisto ou superado, a qualquer tempo, desde que apresentados novos argumentos ainda não analisados pelo tribunal.

A coisa julgada operará apenas nas decisões nos casos concretos.

Razão disso, na disciplina legal do incidente não há menção à “enunciado de súmula” de julgamento de casos repetitivos, ao contrário, por expressa disposição legal (artigo 979, parágrafo segundo), os cadastros dos tribunais deverão indicar os fundamentos determinantes e dispositivos normativos relacionados, obrigatoriamente.

A decisão do incidente vincula apenas o próprio Poder Judiciário, não vinculando diretamente a administração pública direta e indireta. Nesse sentido, com relação à administração pública pensamos que o mecanismo confere apenas eficácia persuasiva.

Entretanto, em termos de coerência e integridade do sistema jurídico, é preciso defender que todos observem e respeitem os precedentes, inclusive a administração pública e as condutas entre particulares e Estado.

A decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser objeto de recurso especial e extraordinário e permite a reavaliação da tese fixada pela corte superior, viabilizando, inclusive, a uniformização em nível nacional, ampliando a esfera de aplicação da tese.

Apesar de não expresso na legislação, a legitimidade tanto para o recurso como para a deflagração de superação do incidente de resolução de demandas repetitivas, a nosso entender, seria dos mesmos sujeitos legitimados a propositura do incidente.

4 CONCLUSÃO

Em que pese o novo Código de Processo Civil não trazer o processo coletivo, entendemos que o incidente de resolução de demandas repetitivas é um instrumento tendente à coletivização, eis que traz a possibilidade de instauração de processo objetivo com vistas a definição de tese jurídica para aplicação à todas as demandas que tiverem a mesma questão jurídica.

O instituto é plural e atento ao processo democrático deliberativo, o que traz legitimidade às suas decisões.

Estamos diante de um instrumento que enfim busca solucionar de forma qualitativa o problema das demandas massificadas. Referimo-nos a problema em razão da enorme quantidade de processos sem resposta adequada por parte do judiciário. O problema está na ausência de solução Estatal.

O que verificamos em nossa prática cotidiana, infelizmente, é a postura do Estado no sentido de utilizar o formalismo processual para diminuir o número de demandas judiciais, mas sem alcançar decisão meritória. Esquecendo que, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira (2000, p. 5-12), “O processo existe para a sociedade, e não a sociedade para o processo”.

Pensamos que se esse novo instrumento for utilizado de forma adequada, com a ampla participação dos envolvidos e da sociedade, de forma qualitativa, garantindo-lhes o contraditório, fiel ao seu objetivo de trazer isonomia, segurança jurídica e celeridade, atento ao cumprimento dos direitos fundamentais, trará muitos benefícios à sociedade como um todo.

É um mecanismo bastante festejado pela doutrina, tendo em vista a repercussão prática que propõe, resta saber como será o comportamento dos tribunais e até mesmo dos jurisdicionados com esse novo mecanismo. Até o encerramento deste artigo não tínhamos notícias da utilização do presente instituto no judiciário paraense.

REPETITIVE DEMANDS INCIDENT RESOLUTION: INITIAL CONSIDERATIONS

ABSTRACT: This study aims to address the repetitive demands resolution incident from the current context of procedural legal system, in order to guarantee the fundamental rights provided in the Federal Constitution. In this way, it will point out possible foreign theoretical references of this new institute, correlating them. At the end it will treat the procedural form of the institute, dealing with the benefits of its application.

KEYWORDS: Incident demands repetitive resolution. Fundamental rights. Theory. Practice.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 196, jun. 2011. Versão digital.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 14 de maio 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 maio 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. v. 4.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. São Paulo: Marins Fontes, 2014.

IPEA, Comunicado nº 83, disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf>. Acesso em 10 jun. 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a cultura da transgressão. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: NotaDez Informação, 2000. v. 267, p.5-12.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*: volume 1. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, Erica Barbosa. *Conciliação Judicial*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. Oralidad y escritura em um processo civil eficiente. Frederico Carpi; Manuel Ortells (cords). Valencia: Universidaddi Valencia, 2008.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspoivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 177, p. 9-46, p. 20-21, nov. 2009.

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

ZANETTI JR, Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.302-1.338.

_____. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA SEGUNDO A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

MANOEL MAURÍCIO RAMOS NETO¹

CRISTINA FIGUEIREDO TEREZO RIBEIRO²

EVANDRO DE AGUIAR RIBEIRO³

RESUMO: O presente artigo versa sobre o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do direito de acesso à justiça, considerando que este, apesar de não possuir previsão expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos, tem sua existência declarada pelo Tribunal supracitado em sua jurisprudência, cuja base normativa relaciona-se à interpretação conjunta dos artigos 8 e 25 em conexão com os artigos 1.1 e 2, todos constantes no tratado internacional aludido. Destarte, busca-se analisar, mediante pesquisa jurisprudencial dos principais precedentes, a construção jurisprudencial empreendida pelo Tribunal Interamericano a respeito da matéria, analisando-se o contexto fático dos casos analisados e a hermenêutica empregada para a apreciação das referidas demandas. Ademais, investiga-se os principais aspectos, de fato e de direito, referentes ao reconhecimento do direito em comento como uma norma *jus cogens* de Direito Internacional e os respectivos reflexos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a partir de uma discussão doutrinária.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Direito de Acesso à Justiça; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Convenção Americana de Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA *LATO SENSU*. 2.1 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA COMO INTEGRANTE DO DOMÍNIO DO *JUS COGENS*. 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Assessor jurídico de Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará, graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará e voluntário na Clínica de Direitos Humanos da Amazônia. E-mail: mm.ramosneto@gmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará, coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia, docente da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, visiting scholar da American University, Washington College of Law. Email: cterezo@ufpa.br

³ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará, graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará, pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Pará. Email: evandro@mppa.mp.br

1 INTRODUÇÃO

O direito de acesso à justiça não se encontra previsto expressamente na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), mas sua existência foi declarada em diversas sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), fruto de construção jurisprudencial, fundamentada essencialmente nos artigos 8 e 25 relacionados aos arts. 1.1 e 2, todos da Convenção aludida, que teve como um de seus principais defensores, o ex-juiz desse Tribunal, Antônio Augusto Cançado Trindade, o que se pode constatar, especialmente, em seus votos em separados nas sentenças dos casos *Massacre de Pueblo Belo versus Colômbia* e *Ximenes Lopes versus Brasil*, ambos de 2006.

Vale destacar que a jurisprudência a respeito dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, tutelados, respectivamente, pelos artigos 8⁴ e 25⁵ da CADH, é muito ampla, haja vista que na maioria dos casos julgados pela CorteIDH, os artigos supracitados são objeto de análise, geralmente com relação à negação do direito de acesso à justiça das vítimas, mediante a obstacularização da devida reparação, julgamento

⁴ Artículo 8. Garantías Judiciales - 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

⁵ Artículo 25. Protección Judicial - 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

e sanção dos eventuais responsáveis por violações de outros Direitos Humanos, tais como, *inter alia*, vida, integridade pessoal, liberdade pessoal, tutelados, pelos arts. 4 e 5, 7 da CADH, nessa ordem.

Diante disto, o presente artigo - tendo em vista a limitação do objeto que se investiga - não intenta analisar toda a jurisprudência da CorteIDH sobre os artigos 8 e 25 da CADH, mas promover um estudo a respeito dos casos paradigmáticos que possibilitem a compreensão sobre o conteúdo e os principais aspectos relacionados à evolução jurisprudencial, que permitiu e consolidou interpretação conjunta desses dispositivos por esse Tribunal Internacional de Direitos Humanos, formando a base do direito de acesso à justiça e a declaração deste como integrante do domínio do *jus cogens*.

2 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA *LATO SENSU*

O artigo XVIII⁶ da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem estabelece o direito à justiça, o qual, conforme explicitado anteriormente, estipula que toda pessoa tem o direito de recorrer aos tribunais para fazer respeitar seus direitos, assim como deve contar com processos simples e breves, que garantam proteção judicial contra atos de autoridades que violem, em seu prejuízo, quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Entretanto, o direito de acesso à justiça não está previsto expressamente na CADH, apesar de que, o reconhecimento do mesmo encontra-se em inúmeras decisões da Corte Interamericana⁷, sendo, dessa forma, fruto de construção jurisprudencial desenvolvida a partir da interpretação conjunta das obrigações contidas nos artigos 8 e 25 do tratado aludido, relacionados às obrigações gerais estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 desse mesmo tratado internacional de Direitos Humanos.

No caso Velásquez Rodríguez *versus* Honduras⁸, apesar dos artigos 8 e 25 não serem objetos de análise direta pela CorteIDH, na sentença de exceções preliminares, de 26 de junho de 1987, consignou-se que a regra do esgotamento de recursos internos gera

⁶ Artículo XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

⁷ BLANCO, Carolina Souza Torres. O Direito de Acesso à Justiça nas Jurisprudências Interamericana e Brasileira, uma Análise Comparativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 61, p. 85-125, jul./dez., 2012, p. 103. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P03042340.2012v61p85/221>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentença de Exceções Preliminares, de 26 de junho de 1987. Série C, N. 1; ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentença de Mérito, de 29 de julho de 1988. Série C, N. 4.

para os Estados o dever de disponibilizar recursos judiciais efetivos às vítimas de violações de Direitos Humanos, nos termos do artigo 25, que devem estar fundamentados pelas regras do devido processo legal, estabelecidas no artigo 8.1, haja vista a obrigação geral dos Estados de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela CADH a toda pessoa sob sua jurisdição estipulada pelo artigo 1.1⁹.

Em que pese a relação entre os arts. 8, 25 e 1.1 apontada no caso Velásquez Rodríguez, ainda não havia uma decisão no Tribunal Interamericano que analisasse a violação conjunta desses dispositivos no mérito de uma demanda. A esse respeito, em seu voto dissidente no caso Caballero Delgado e Santana *versus* Colômbia¹⁰, de 29 de janeiro de 1997, Cançado Trindade sustentou uma interpretação integradora dos artigos 8, 25, 1 e 2 da CADH e, ao contrário da CorteIDH, concluiu pela violação dos quatro dispositivos aludidos relacionados entre si.

Esse mesmo entendimento fora postulado pelo ex-juiz da CorteIDH supracitado em seu voto dissidente na resolução acerca do pedido de revisão de sentença do caso Genie Lacayo *versus* Nicarágua¹¹, de 13 de setembro de 1997, na qual analisou o conteúdo material e o alcance do artigo 25, em relação com os artigos 8, 1.1 e 2, todos da CADH e, defendendo entendimento diferente do adotado pela Corte naquele caso, postulou a ocorrência de uma violação dos dispositivos “tomados em conjunto”.

Dois meses após a resolução citada anteriormente, em 3 de novembro de 1997, a CorteIDH proferiu a sentença de mérito do caso Castillo Páez *versus* Peru¹², a qual representa uma importante decisão para essa construção jurisprudencial a respeito do direito de acesso à justiça, haja vista que reconheceu o vínculo existente entre os arts. 25 e 1.1, apesar de não ter incluído nessa análise o artigo 8.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal concluiu que o Estado peruano violou o direito à proteção judicial, relacionado com o dever de respeito e garantia, em razão da ineficácia do recurso de *habeas corpus* para proteger a vida e a liberdade de Ernesto Rafael Castillo Páez, o qual, após ser submetido à custódia da Polícia do Peru e ter seu paradeiro ocultado por esta, fora considerado vítima de desaparecimento forçado pela CorteIDH.

⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentença de Exceções Preliminares, de 26 de junho de 1987. Série C, N. 1, § 91.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colômbia*. Voto Dissidente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de Reparações, de 29 de janeiro de 1997. Série C, N. 31, § 7-9.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. Resolução de 13 de setembro de 1997 (Pedido de Revisão da Sentença de Mérito, Reparações e Custas). Voto Dissidente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, § 28.

¹² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. Sentença de Mérito, de 3 de novembro de 1997. Série C, N. 34, § 83.

A interpretação conjunta dos artigos 8 e 25 somente fora realizada pela CorteIDH, na decisão de mérito do caso *Durand e Ugarte versus Peru* em 2000¹³, que também versava sobre desaparecimento forçado, provocado por agentes estatais, durante a ditadura peruana, empreendido contra Nolberto Durand Ugarte e Gabriel Pablo Ugarte Rivera. Nessa sentença, o Tribunal Interamericano consignou que o art. 8 em conexão com o art. 25, protegem o direito dos familiares das vítimas do desaparecimento à investigação efetiva, processo dos acusados, punição dos eventuais responsáveis e reparação pelos danos e prejuízos sofridos.

Essa linha jurisprudencial, mantida em inúmeras decisões da CorteIDH, contribuiu para a consagração do direito de acesso à justiça, cujo conteúdo fora analisado pelo Tribunal Interamericano na sentença de mérito do caso *Cantos versus Argentina*¹⁴, de 28 de novembro de 2002, na qual a Corte estabeleceu que os arts. 8 e 25 da CADH consagram o direito de acesso à justiça, na medida em que o primeiro dispositivo supracitado estipula que os Estados não devem criar obstáculos de qualquer ordem que impeçam ou dificultem que as pessoas busquem pela proteção de seus direitos no Poder Judiciário, enquanto que o segundo, a obrigação positiva do Estado de conceder a todas as pessoas sob sua jurisdição recursos judiciais efetivos contra atos violatórios de seus direitos¹⁵.

A partir da evolução da jurisprudência do Tribunal de São José, tem-se um precedente, onde se verifica que os dispositivos supracitados convergem para o reconhecimento da necessidade de se proteger os direitos das pessoas contra os abusos do poder público, de modo que toda e qualquer transgressão de direitos possa ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, no plano doméstico dos Estados¹⁶.

¹³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Sentença de Mérito, de 16 de agosto de 2000. Série C, N. 68, § 130.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 28 de novembro de 2002. Série C, N. 97, §§ 50-52

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de Mérito, de 14 de março de 2001. Serie C N. 75, § 48; ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, de 15 de setembro de 2005. Série C, N. 134, § 195; ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 04 de julho de 2006. Série C, N. 149, § 175; ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 29 de novembro de 2006. Série C, N. 162, § 160; ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, de 24 de novembro de 2010. Série C, N. 219, § 139.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, N. 140, § 17.

Na sentença de mérito do caso *Masacre de Mapiripán versus Colômbia*¹⁷, de 15 de setembro de 2005, a CorteIDH destacou a vinculação entre os artigos 8 e 25, em relação com o artigo 1.1, todos da CADH, no sentido de que os Estados devem garantir recursos efetivos, substanciados e conformidade com as regras do devido processo legal, considerando a obrigação geral de respeito e de garantia. Destaca-se que esse se tornou o precedente onde a CorteIDH declarou a violação dos arts. 8 e 25 em conexão com o art. 1.1, em que pese o liame entre esses dispositivos já ter sido apontado, desde a sentença de exceções preliminares do caso *Velásquez Rodríguez*, conforme assinalado anteriormente.

No caso *Barrios Alto versus Peru*¹⁸, sentença de 14 de março de 2001, a CorteIDH considerou que as leis de anistia adotadas pelo Estado peruano impediram que os familiares das vítimas ou os sobreviventes do massacre de Barrios Alto¹⁹, fossem ouvidos por um juiz, conforme estipulados pelo artigo 8.1; violaram o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25; bem como impediram a investigação, julgamento, sanção dos responsáveis e o devido esclarecimento dos fatos, em desrespeito ao artigo 1.1. Ademais, a adoção das leis de autoanistias incompatíveis com a CADH, representa o descumprimento da obrigação de adequar o direito interno contida no artigo 2, desse mesmo tratado internacional.

Assim, com base nas obrigações gerais estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 da CADH, os Estados devem adotar todas as medidas necessárias para que nenhuma pessoa sob sua jurisdição, seja privada da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana. Desse modo, as leis de autoanistia que deixam as vítimas indefesas e perpetuam a impunidade, bem como impedem a identificação dos indivíduos responsáveis por violações aos Direitos Humanos, na medida em que criam obstáculos à investigação e ao acesso à justiça e impedem as vítimas e seus familiares de obterem o conhecimento da verdade e

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, de 15 de setembro de 2005. Série C, N. 134, § 195.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de Mérito, de 14 de março de 2001. Série C N. 75, § 42.

¹⁹ O massacre de Barrios Alto ocorreu em 03 de novembro de 1991, quando seis indivíduos do grupo Colina, composto por integrantes do Exército peruano, invadiram um edifício onde estava ocorrendo uma festa que tinha como objetivo arrecadar fundos para a reforma do referido edifício, que ficava localizado em um bairro conhecido como Barrios Alto. Após a invasão do local, os militares obrigaram as vítimas a deitarem-se ao chão, em seguida empreenderam disparos por cerca de 2 minutos, o que resultou na morte de 15 pessoas e em 4 vítimas gravemente feridas. In: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de Mérito, de 14 de março de 2001. Série C, N. 75, § 2.

recebimento da reparação correspondente, violam os direitos previstos nos dispositivos supracitados, relacionados com os artigos 1.1 e 2, todos da CADH²⁰.

Essa linha jurisprudencial foi mantida pela Corte Interamericana em diversos outros casos que tratavam sobre leis de anistia como obstáculos ao direito de acesso à justiça das vítimas de violações a Direitos Humanos, dentre os quais destacam-se, *La Cantuta versus Peru* (2006)²¹; *Almonacid Arellano e outros versus Chile* (2006)²²; *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil* (2010)²³; *Gelman versus Uruguai* (2011)²⁴; *Massacres de El Mozote e arredores versus El Salvador* (2012)²⁵, entre outros.

Assim, com base em seus precedentes, a CorteIDH firma sua jurisprudência no sentido de que as vítimas de violações aos Direitos Humanos possuem o direito de contar com amplas possibilidades de serem ouvidas e atuarem nos respectivos processos, seja em busca de esclarecimentos dos fatos e punição dos responsáveis, seja em busca de uma devida reparação. Esse direito não decorre apenas da CADH, mas também de normas imperativas de Direito Internacional²⁶, o que, gera obrigações *erga omnes* para os Estados para adotarem todas as medidas necessárias e não deixar impunes tais violações, exercendo sua jurisdição doméstica para aplicação de seu direito interno e do Direito Internacional, visando a proteção das vítimas²⁷.

A respeito desse entendimento jurisprudencial firmado pela CorteIDH, Cançado Trindade²⁸ defende que os artigos 8 e 25 da CADH correspondem ao acesso à justiça

²⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de Mérito, de 14 de março de 2001. Série C N. 75, § 43.

²¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 29 de novembro de 2006. Série C, N. 162.

²² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, de 26 de setembro de 2006. Série C, N. 154.

²³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, de 24 de novembro de 2010. Série C, N. 219.

²⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Sentença de Mérito e Reparações, de 24 de fevereiro de 2011. Série C, N. 221.

²⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Massacres de El Mozote e arredores vs. El Salvador*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 25 de outubro de 2012. Série C, N. 252.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, de 24 de novembro de 2010. Série C, N. 219, § 139.

²⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 29 de novembro de 2006. Série C, N. 162, § 160.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Voto separado do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 04 de julho de 2006, §§ 19- 24; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003, p. 13.

lato sensu, o qual se caracteriza, em suma, como o direito à pronta prestação jurisdicional e de obter justiça, consubstanciado na indissociabilidade que há entre esses dispositivos.

Tal direito não se reduz ao acesso formal, *stricto sensu*, às instâncias judiciais (tanto interna, como internacional), mas compreende o direito à prestação jurisdicional e encontra-se subjacente às disposições interrelacionadas da Convenção Americana (como os artigos 25 e 8), além de permear o direito interno dos Estados partes. O direito de acesso à justiça, dotado de conteúdo jurídico próprio, significa, *lato sensu*, o direito de obter justiça. Configura, assim, em suma, como o direito à própria realização da justiça²⁹.

Manuel Ventura Robles³⁰ conceitua o direito em questão como a possibilidade de toda pessoa ter acesso aos mecanismos e sistemas previstos para a resolução de conflitos e reivindicação dos direitos protegidos, dos quais é titular, independentemente de sua condição econômica ou de outra natureza. Trata-se da possibilidade de poder recorrer aos mecanismos estabelecidos pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais para se buscar a resolução de uma controvérsia ou esclarecimento de um fato.

Nesse viés, Robles³¹ defende que o acesso às instâncias judiciais, sejam nacionais ou internacionais, demandam a necessidade do melhoramento e otimização da administração da justiça, haja vista ser nesta seara que se define a vigência dos direitos fundamentais nas sociedades contemporâneas, onde se verifica se as liberdades e as garantias enunciadas nos diferentes instrumentos de Direito Internacional, possuem aplicação real em âmbitos interno e internacional de proteção.

²⁹ “Tal derecho no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional, y encuéntrase subyacente a disposiciones interrelacionadas de la Convención Americana (como los artículos 25 y 8), además de permear el derecho interno de los Estados Partes. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Configúrase, así, en suma, como el derecho a la propia realización de la justicia”. In: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, N. 140, §§61-62; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para Su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. 37 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2003, p. 53.

³⁰ ROBLES, Manuel Enrique Ventura. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Acceso a la Justicia e Impunidad. *Estudios sobre El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007, p. 348. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/r31036.pdf >. Acesso em: 15 nov. 2015.

³¹ Idem.

Mario Melgar Adalid³², por sua vez, alerta para a função do processo como mecanismo de acesso à justiça e a redefinição do mesmo após a segunda guerra mundial, no sentido de que o direito de acesso à justiça aponta, necessariamente, a existência de um “Estado Social de Direito”, onde se pratique a justiça, o que pressupõe que as regras processuais não apenas devem regular um procedimento estabelecido e engessado pelos códigos adjetivos das distintas matérias jurídicas, tais como civil, penal, ou administrativa, na medida em que o processo, verdadeiramente, converteu-se em um dos instrumentos essenciais para o alcance do direito de acesso à justiça.

Um dos componentes principais do direito de acesso à justiça refere-se à possibilidade de demandar diretamente perante as autoridades judiciais competentes, mediante um recurso efetivo e célere, bem como o direito de ser ouvido por juízes ou tribunais, independentes e imparciais, tanto em níveis nacional, como internacional, nos termos dos artigos 8 e 25 da CADH³³. Trata-se do “verdadeiro direito ao direito”, o qual gera para os Estados a obrigação de, *inter alia*, garantir um ordenamento jurídico que efetivamente salvaguarde os direitos fundamentais das pessoas³⁴ e a devida prestação jurisdicional, que abrange as garantias do devido processo legal, assim como a fiel execução das decisões judiciais³⁵.

Nesse viés, faz-se mister destacar ainda, as relações entre os dispositivos da CADH supracitados e a regra de esgotamento dos recursos internos. A esse respeito, Héctor Ledesma³⁶ assinala que a necessidade de esgotamento dos recursos pelos peticionários antes de demandarem perante as instâncias internacionais implica em uma obrigação paralela para os Estados, qual seja, de garantir a existência de um aparato judicial que funcione e que contemple recursos apropriados para proteger as pessoas no exercício de seus Direitos Humanos, vez que a inexistência de recursos efetivos deixa as vítimas sem meios de defesa, justificando-se, então, a proteção internacional, em caráter subsidiário.

[...] Os Estados têm a responsabilidade de consagrar normativamente e de assegurar a devida aplicação dos recursos efetivos e as garantias do devido processo legal pelas autoridades competentes que amparem todas as pessoas sob sua jurisdição

³² ADALID, Mario Melgar. El Derecho Humano de Acceso a la Justicia. In: *Liber Amicorum*. Héctor Fix Zamudio. v. 2. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Unión Europea, 1998, p. 1037-1038.

³³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, N. 140, §§ 61-62.

³⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 524.

³⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, N. 140, § 28.

³⁶ LEDESMA, Héctor Fagúndez. El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, XXV Curso Interdisciplinar em Direitos Humanos, 9 a 20 de julho de 2007, San José de Costa Rica, p. 41-42.

contra atos que violem seus direitos fundamentais, ou que envolvam a determinação de direitos ou obrigações estatais. O propósito desses recursos é que, mediante eles, os Estados cumpram efetivamente com seu dever de proteger e garantir os Direitos Humanos consagrados na Convenção, a qual requer que as sentenças dos tribunais nacionais sejam devidamente acatadas e executadas³⁷.

Segundo Cançado Trindade³⁸, o sentido atual dos artigos 8 e 25 da CADH, na compreensão da CorteIDH, é fruto de uma construção jurisprudencial que deve ser observada como parâmetro de interpretação desses dois dispositivos, os quais, apesar de sua autonomia e conteúdo material próprio, devem ser analisados considerando a necessidade de uma proteção mais eficaz, à luz da indivisibilidade dos Direitos Humanos e o princípio do direito intertemporal.

De acordo com esse entendimento, os artigos 8 e 25 da CADH não devem ser considerados apenas com base numa visão estática presa à formulação original dos dispositivos, mas devem ser relacionados considerando seu enfoque de proteção, buscando-se conferir maior eficácia à tutela dos Direitos Humanos³⁹. Desse modo, o direito à proteção judicial está intimamente vinculado à obrigação geral de respeito e garantia (artigo 1.1 da CADH), bem como ao direito às garantias do devido processo legal (artigo 8 da CADH), na medida em que assegura o acesso à justiça. Esse vínculo entre referidos artigos protege o exercício dos direitos das pessoas no plano interno dos Estados⁴⁰.

2.1 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA COMO INTEGRANTE DO DOMÍNIO DO *JUS COGENS*

O Direito Internacional dos Direitos Humanos não está limitado aos direitos enumerados nos tratados internacionais, haja vista que também compreende os direitos

³⁷ “[...] Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales, o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. El propósito de estos recursos es que, mediante ellos, el Estado haga efectivo su deber de proteger y garantizar los derechos consagrados en la Convención, lo cual requiere que las sentencias de los tribunales nacionales sean debidamente acatadas y ejecutadas”. In: LEDESMA, Héctor Fagúndez, op. cit., p. 45.

³⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, N. 140, §1 5.

³⁹ Idem.

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, N. 140, § 20

que passaram a fazer parte do Direito Internacional Consuetudinário, que é vinculante para todos os Estados, inclusive aqueles que não são partes de um tratado em particular, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴¹.

Ademais, alguns direitos possuem um *status* especial como normas imperativas de Direito Internacional Consuetudinário, denominadas *jus cogens*, que são disposições cogentes, não passíveis de suspensão em qualquer circunstância, além de que assumem primazia, em particular, sobre outras obrigações internacionais, dentre as quais, destacam-se, *inter alia*, a proibição dos atos de tortura, do genocídio, da discriminação racial, bem como da escravidão e práticas análoga⁴².

Em seus votos separados nos casos *Massacre de Pueblo Bello versus Colômbia*, de 31 de janeiro de 2006⁴³ e *Ximenes Lopes versus Brasil*, de 4 de julho de 2006⁴⁴, o então juiz da Corte Interamericana, Cançado Trindade, expressou seu posicionamento a respeito da necessidade de ampliação do conteúdo do domínio do *jus cogens* para incluir, ao mesmo, o direito de acesso à justiça.

A indissociabilidade que sustento, entre os artigos 25 e 8 da Convenção Americana, acarreta a caracterização, como sendo do domínio do *jus cogens* o acesso à justiça entendido como a plena realização da mesma, ou seja, como sendo do domínio do *jus cogens* a intangibilidade de todas as garantias judiciais no sentido dos artigos 25 e 8 tomados conjuntamente. Não pode haver dúvidas de que as garantias fundamentais, comuns ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao Direito Internacional

⁴¹ Cristina Terezo aponta que alguns doutrinadores, como André de Carvalho Ramos, Diego Rodriguez-Pinzón e Flávia Piovesan, entendem que as Declarações de Direitos Humanos, seja a Universal da ONU ou a Americana, ambas de 1948, teriam força jurídica vinculante por serem utilizadas como fundamento de decisões de Tribunais Internacionais. Ademais, Thomas Buergenthal e Louis B. Sohn defendem que a Declaração é um instrumento formal e solene, cujos princípios e normas teriam sido aprovados por Estados-membros por serem reconhecidamente parte do Direito Internacional Costumeiro. Não obstante, a referida autora ressalva ainda que esta questão não é pacífica na doutrina, na medida em que as Declarações não dispõem de mecanismos de monitoramento, como os outros Tratados de Direitos Humanos, entendidos como convencionais. In: TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e culturais*. Curitiba: Appris, 2014, p. 31.

⁴² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. *Protección Jurídica Internacional de los Derechos Humanos Durante los Conflictos Armados*. Nova York e Genebra, 2011. HR/PUB/11/01, p. 10. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_SP.pdf>. Acesso em: 18 out. 2015.

⁴³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, N. 140.

⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 04 de julho de 2006. Série C, N. 149.

Humanitário, tem uma vocação universal a serem aplicadas em todas e quaisquer circunstâncias, formam um direito imperativo (pertencendo ao *jus cogens*) e acarretam obrigações *erga omnes* de proteção⁴⁵.

Esse entendimento mostra-se importante para a proteção internacional dos Direitos Humanos, na medida em que o artigo 53⁴⁶ da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados define como norma imperativa de Direito Internacional geral, a qual é aceita e reconhecida pela comunidade internacional, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma de Direito Internacional geral da mesma natureza.

O dispositivo em comento atribui fundamental relevância ao conceito de *jus cogens* no âmbito do Direito Internacional, haja vista que estas normas peremptórias de Direito Internacional Público impõem uma limitação ao voluntarismo e discricionarieidade dos Estados, na medida em que uma norma aceita pela comunidade internacional tem o poder de limitar, anular ou invalidar um acordo entre Estados⁴⁷.

[...] se pretende inculcar é que são regras que estão para além da vontade ou do acordo de vontades dos sujeitos de Direito Internacional; que desempenham uma função eminente no confronto de todos os outros princípios e regras; e que têm uma força jurídica própria, com os inerentes efeitos na subsistência de normas e actos contrários⁴⁸.

⁴⁵ “La indisociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (supra) conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *jus cogens* el acceso a la justicia entendido como la plena realización de la misma, o sea, como siendo del dominio del *jus cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados conjuntamente. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *jus cogens*), y acarrear obligaciones *erga omnes* de protección”. In: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, N. 140, § 64.

⁴⁶ Artigo 53 - Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

⁴⁷ AGUIAR, Ana Laura Becker; GODOY, Gabriel Gualano de. Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Ampliação do Conteúdo Material do Conceito Normativo de *Jus Cogens*. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 25-34, 2008, p. 25. Disponível em: <http://www.ibdh.org.br/ibdh/revista_08.asp>. Acesso em: 11 dez. 2015.

⁴⁸ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. Lisboa: Princípiia, 2006, p. 123.

Ao estipular que as normas *jus cogens* somente podem ser substituídas por outra norma imperativa de Direito Internacional geral, “a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados previu a possibilidade de mudanças dos valores internacionais com a transformação ou evolução da sociedade”, de modo que a jurisprudência de uma Corte Internacional pode contribuir com o desenvolvimento da matéria ao pronunciar-se sobre as normativas internacionais referidas⁴⁹, máxime, porque a jurisprudência é fonte auxiliar de Direito Internacional, nos termos do artigo 38.d⁵⁰ do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Desta forma, verifica-se o caráter evolutivo do *jus cogens*, na medida em que as normas que compõem essa categoria não estão previstas em um rol taxativo de algum documento internacional. Trata-se de “uma categoria aberta, que se expande na medida em que se desperta a consciência jurídica universal (fonte material de todo o direito) para a necessidade de proteger os direitos inerentes ao ser humano em qualquer situação⁵¹”.

Nesse sentido, destaca-se a contribuição da jurisprudência da CorteIDH na identificação de direitos protegidos por normas pertencentes ao domínio do *jus cogens*, dentre as quais, pode-se destacar, *inter alia*, a proibição ao desaparecimento forçado⁵²; princípios da igualdade perante à lei e não discriminação⁵³, bem como proibição à tortura, tratamentos desumanos, cruéis e degradantes⁵⁴.

Especificamente em relação ao direito de acesso à justiça, na sentença do caso Goiburú e outros *versus* Paraguai, de 22 de setembro de 2006, a Corte Interamericana declarou que este direito constitui uma norma imperativa de Direito Internacional, que gera obrigações *erga omnes* para os Estados de adotar todas as medidas necessárias, a fim de não permitir a impunidade de violações aos Direitos Humanos⁵⁵.

⁴⁹ AGUIAR, Ana Laura Becker; GODOY, Gabriel Gualano de, op. cit., p. 25.

⁵⁰ Article 38. 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: [...] d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. [...]

⁵¹ “[...] es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación. In: CorteIDH. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. Voto concorrente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Série A, N. 18, § 68.

⁵² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 22 de setembro de 2006. Série C, N. 153, § 84.

⁵³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. Série A, N. 18, § 110.

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 04 de julho de 2006. Série C, N. 149.

⁵⁵ “El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables,

Esse entendimento jurisprudencial fora ratificado no caso *La Cantuta versus Peru* de 2006, no qual a CorteIDH além de declarar que o acesso à justiça integra o domínio do *jus cogens*, destacou a obrigação dos Estados em combater a impunidade, seja exercendo sua jurisdição em âmbito doméstico, seja colaborando com outros Estados, considerando que o mecanismo de garantia coletiva de Direitos Humanos estabelecido pela CADH, em conjunto com as obrigações internacionais regionais e universais sobre a matéria, demandam essa cooperação entre os países com o intuito de proteger os Direitos Humanos⁵⁶.

O reconhecimento do direito de acesso à justiça como norma *jus cogens* pela CorteIDH nos casos supracitados, mostra-se importante no contexto posterior ao período de ditaduras enfrentadas pelos países latino-americanos, na medida em que inúmeros casos de violações sistemáticas de Direitos Humanos, ocorridos nessa época, permaneceram na impunidade, porquanto seus familiares encontram uma série de obstáculos que impedem o devido esclarecimento dos fatos, punição dos responsáveis e reparação dos danos sofridos, em clara denegação de justiça.

Essa atividade jurisprudencial ampliadora do conteúdo material do domínio do *jus cogens* da Corte Interamericana, igualmente alarga o rol de obrigações *erga omnes* de proteção para os Estados, cujo cumprimento diz respeito ao interesse da comunidade internacional como um todo, na medida em que se trata de obrigações incondicionais⁵⁷, o que subsidia a ideia do Direito Internacional como “o direito que emana da consciência comum do que é juridicamente necessário (*opinio juris communis necessitatis*)⁵⁸”.

Diante dessa construção jurisprudencial que consagra o direito de acesso à justiça a partir do vínculo estabelecido entre os arts. 8 e 25 em relação com os arts. 1.1 e 2, todos da CADH, Cançado Trindade defende que é importante que os avanços jurisprudenciais a respeito do direito de acesso à justiça *latu sensu* alcançados pela CorteIDH sejam preservados e desenvolvidos, contudo, que jamais sejam freados com uma hermenêutica desagregadora⁵⁹.

É importante que este avanço na jurisprudência da Corte Interamericana seja preservado e desenvolvido ainda mais no futuro. [...] No sistema interamericano de proteção, a jurisprudência sobre a matéria encontra-se em sua infância, e

o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo”. In: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. Caso Goiburú e outros vs. Paraguai. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 22 de setembro de 2006. Série C, N. 153, § 131.

⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. Caso *La Cantuta vs. Peru*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 29 de novembro de 2006. Série C, N. 162, § 160.

⁵⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional*. 2. ed., tomo I. Porto Alegre: SAF Editor, 2001, p. 357.

⁵⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 88.

⁵⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. Caso *Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, N. 140, § 21.

deve continuar a ser cuidadosamente construída. O direito a um recurso efetivo ante os tribunais nacionais competentes no âmbito da proteção judicial (artigos 25 e 8 da Convenção Americana) é muito mais relevante do que até recentemente se supôs, em um continente, como o nosso, marcado por casuísmos que muito frequentemente privam os indivíduos da proteção do Direito. Requer considerável desenvolvimento jurisprudencial nos próximos anos⁶⁰.

Infere-se, então, que o exercício da jurisdição contenciosa pela CorteIDH possibilitou a construção jurisprudencial sólida referente à importância que os direitos às garantias e à proteção judicial representam em uma sociedade democrática, como garantias de proteção do indivíduo frente a eventuais violações de seus direitos, mediante a devida investigação, reparação e punição dos responsáveis por violações aos Direitos Humanos, mediante recursos céleres e efetivos, que tramitem nos ditames do devido processo legal e atendam aos deveres de respeito e garantia assumidos pelos Estados, quando retificaram a CADH.

Nesse sentido, a proteção conferida pelo direito de acesso à justiça, conforme apontado pela CorteIDH⁶¹, transcende o próprio voluntarismo e discricionariedade dos Estados, uma vez que não está adstrito às obrigações convencionais, mas a obrigações *erga omnes* de proteção, contidas normas imperativas de Direito Internacional Público e inderrogáveis, que só podem ser modificadas por norma de Direito Internacional da mesma natureza.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de acesso à justiça, formado pela união entre os arts. 8 e 25 da CADH, em relação com os arts. 1.1 e 2, deste mesmo tratado, desempenha um papel importante no âmbito da proteção aos Direitos Humanos nas Américas, não apenas pela produção jurisprudencial consolidada a respeito, mas, sobretudo, porque se observa que a violação de outros direitos consagrado na CADH, geralmente, relaciona-se com a denegação de justiça às vítimas, o que contribui para impunidade e perpetuação de práticas violatórias.

Percebe-se a fundamental contribuição dos votos em separado do ex-juiz da Corte Interamericana, Cançado Trindade na construção jurisprudencial pautada em uma interpretação integradora dos dispositivos supracitados, em que pese, desde a sentença de exceções preliminares do caso Velásquez Rodríguez *versus* Honduras, o Tribunal

⁶⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo II. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999, p. 67.

⁶¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 29 de novembro de 2006. Série C, N. 162, § 160.

Interamericano já se inclinar para uma interpretação correlacionadora entre os arts. 8 e 25 CADH.

Destaca-se, ademais, que o contexto de violações sistemáticas de Direitos Humanos ocorridos durante os regimes ditatórias nos países americanos relaciona-se com o reconhecimento, pela CorteIDH, do caráter de norma cogente do direito de acesso à justiça, na medida em que alargou o rol de obrigações *erga omnes* para os Estados de adotar todas as medidas necessárias, a fim de não permitir a impunidade, empreendendo todas as medidas necessárias para remover todos os obstáculos, de qualquer ordem, inclusive legislativa, para que as vítimas ou os seus familiares obtenham o devido esclarecimento dos fatos, punição dos responsáveis e reparação dos danos sofridos.

Além de contribuir para a proteção dos Direitos Humanos no âmbito do Sistema Interamericano, esse entendimento mostra-se de extrema importância para o Estado brasileiro, haja vista que, apesar da sentença do caso Gomes Lund *versus* Brasil de 2010, o Brasil ainda mantém sob o manto da impunidade, os agentes que cometeram diversos delitos, inclusive crimes contra a humanidade, com fundamento legal na Lei de Anistia n. 6.683, de 28 de agosto de 1979, a qual já fora declarada inconveniente pela Corte Interamericana.

Assim, segundo a CorteIDH, o direito de acesso à justiça é uma norma imperativa de Direito Internacional, que gera obrigações *erga omnes* para os Estados de empreenderem todas as medidas necessárias, para garantir a plena realização da justiça para as pessoas sob sua jurisdição, inclusive no que se refere à fatos pretéritos, os quais provocam um sofrimento latente para as vítimas de todas as formas de denegação de justiça.

THE RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE ACCORDING TO INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: This article deals with the understanding of the Inter-American Court of Human Rights concerning the right of access to justice, whereas this, despite it has no express provision in the American Convention on Human Rights, its existence was declared by the Court in its jurisprudence, whose normative basis related to the joint interpretation of articles 8 and 25 in connection with articles 1.1 and 2, all them contained in the international treaty mentioned. Thus, it seeks to analyze, by jurisprudential research, the jurisprudential construction undertaken by the Inter-American Court on this matter, analyzing the factual context of the cases and hermeneutics used for the assessment of such claims. Furthermore, the major is investigated aspects, based on fact and law, relating to the recognition of the right under discussion of *jus cogens* norm of international law and their reflections in the Inter-American Human Rights System, from a doctrinal discussion.

KEYWORDS: Human Rights; Right to Access to Justice; Inter-American Court of Human Rights; American Convention on Human Rights.

REFERÊNCIAS

ADALID, Mario Melgar. El Derecho Humano de Acceso a la Justicia. In: *Liber Amicorum*. Héctor Fix Zamudio. v. 2. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Unión Europea, 1998, p.1035-1049.

AGUIAR, Ana Laura Becker; GODOY, Gabriel Gualano de. Corte Interamericana de Derechos Humanos e a Ampliação do Conteúdo Material do Conceito Normativo de Jus Cogens. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 25-34, 2008. Disponível em: <http://www.ibdh.org.br/ibdh/revista_08.asp>. Acesso em: 11 dez. 2015.

BLANCO, Carolina Souza Torres. O Direito de Acesso à Justiça nas Jurisprudências Interamericana e Brasileira, uma Análise Comparativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 61, p. 85-125, jul./dez., 2012. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P03042340.2012v61p85/221>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. *Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. Brasília DF, 15 dez. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso à internet em 18 fev. 2015.

LEDESMA, Héctor Fagúndez. El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, XXV Curso Interdisciplinario em Direitos Humanos, 9 a 20 de julho de 2007. San José, p. 41-42.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 2 dez. 2015.

_____. CorteIDH. *Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile*. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, de 26 de setembro de 2006. Série C, N. 154.

_____. CorteIDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de Mérito, de 14 de março de 2001. Série C N. 75.

_____. CorteIDH. *Caso Caballero delgado y Santana vs. Colômbia*. Voto Dissidente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de Reparações, de 29 de janeiro de 1997. Série C, N. 31

_____. CorteIDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 28 de novembro de 2001. Série C, N. 97.

_____. CorteIDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. Sentença de Mérito, de 3 de novembro de 1997. Série C, N. 34, § 83.

_____. CorteIDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 30 de maio de 1999. Série C, N° 52.

_____. CorteIDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Sentença de Mérito, de 16 de agosto de 2000. Série C, N. 68.

_____. CorteIDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Sentença de Mérito e Reparações, de 24 de fevereiro de 2011. Série C, N. 221.

_____. CorteIDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 29 de janeiro de 1997, Série C, N. 21.

_____. CorteIDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. Resolução de 13 de setembro de 1997 (Pedido de Revisão da Sentença de Mérito, Reparações e Custas). Voto Dissidente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, § 28.

_____. CorteIDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 22 de setembro de 2006. Série C, N. 153.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, de 24 de novembro de 2010. Série C, N. 219.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CorteIDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 29 de novembro de 2006. Série C, N. 162.

_____. CorteIDH. *Caso Massacres de El Mozote e arredores vs. El Salvador*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 25 de outubro de 2012. Série C, N. 252.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS . CorteIDH. *Caso do Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, de 15 de setembro de 2005. Série C, N. 134.

_____. CorteIDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, N. 140.

_____. CorteIDH. *Caso Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, N. 140.

_____. CorteIDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentença de Exceções Preliminares, de 26 de junho de 1987. Série C, N. 1.

_____. CorteIDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentença de Mérito, de 29 de julho de 1988. Série C, N. 4.

_____. CorteIDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 04 de julho de 2006. Série C, N. 149.

_____. CorteIDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, de 04 de julho de 2006. Série C, N. 149.

_____. CorteIDH. *Opinião Consultiva OC-18/03*, de 17 de setembro de 2003. Série A, N. 18.

_____. CorteIDH. *Opinião Consultiva OC-18/03*, de 17 de setembro de 2003. Voto concorrente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Série A, N. 18.

_____. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 19 dez. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. *Protección Jurídica Internacional de los Derechos Humanos Durante los Conflictos Armados*. Nova York e Genebra, 2011. HR/PUB/11/01. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_SP.pdf>. Acesso em: 18 out. 2015.

_____. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Adotado em 26 de junho de 1945 como anexo da Carta das Nações Unidas, em São Francisco, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/documents/?p1=4&p2=2>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

ROBLES, Manuel Enrique Ventura. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Acceso a la Justicia e Impunidad. *Estudios sobre El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007, p. 348. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/r31036.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e culturais*. Curitiba: Appris, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para Su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2003.

_____. Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2003.

_____. *Tratado de Direito Internacional*. 2. ed., tomo I. Porto Alegre: SAF Editor, 2001. TRINDADE, Antônio. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo II. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre: Fabris, 2002.

O PERFIL DAS CASAS PENAIS NO ESTADO DO PARÁ COM ÊNFASE NA CAPACIDADE, OCUPAÇÃO, OFERTA DE EDUCAÇÃO E TRABALHO.

MARILZE RIBEIRO BITAR¹

ALEXANDRE MANUEL LOPES RODRIGUES²

RESUMO: Análise descritiva da situação encontrada nas casas penais no Estado do Pará, com foco na capacidade, ocupação, excedente, oferta de assistência educacional e de trabalho, em relação ao que preceitua a Lei de Execução Penal, referente aos dados registrados em 2016. Utilizou-se como método de abordagem o dialético e como método de procedimento a pesquisa bibliográfica e documental. Observou-se como resultado que o excedente da população carcerária em 2016 é de mais de 60% do total das vagas ofertadas, maior que em 2015, cujo excedente ainda estava na casa dos 50%. Em conclusão, demonstra-se a relevância de tomada de atitude célere para enfrentamento da situação relatada, inclusive com a revisão da Lei de Execução Penal, por meio da aprovação do Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) n. 513/2013, que reforça ações do Conselho Nacional de Justiça para o fim da superlotação nos presídios.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Execução Penal. Estabelecimento Penal. Capacidade. Ocupação. Educação. Trabalho.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 METODOLOGIA. 3 GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 4 APRESENTAÇÃO DOS DADOS. 5 CONCLUSÃO E ENCAMINHAMENTOS. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Os estabelecimentos penais paraenses conforme as regiões de integração, possuem diferentes quantitativos de excedentes, em relação à capacidade e ocupação, bem como acesso ou não a atividades educacionais e oportunidades de trabalho,

¹ Formação em Psicólogo pela Universidade da Amazônia. Pós-Graduada *stricto sensu* em Gestão pela Qualidade e Produtividade pela União Educacional em Brasília. Pós-Graduada *latu sensu* em Gestão Governamental, pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito pela FACI/DEVRY. Assessora na Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Pará.

² Doutor e Mestre em Direito Penal e Direitos Fundamentais, pela Universidade Federal do Pará. Professor da Universidade da Amazônia – Graduação, Pós-graduação e Mestrado. Professor da Faculdade FACI/DEVRY e da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará.

sendo possível observar a realidade de cada estabelecimento, com os resultados ora apresentados. Originalmente, a pesquisa teve início em 2015, sendo os dados atualizados em 2016, proporcionando um acompanhamento e comparação entre os dois anos³.

A continuidade da pesquisa demonstra se os direitos dos apenados no Estado do Pará estão sendo respeitados e, ainda, se o grau de respeito a esses direitos aumentou ou foi minimizado, no lapso temporal de um ano, no que tange à capacidade, ocupação e garantia de educação e trabalho no sistema penal. Justifica-se a apresentação dos dados com o intuito de demonstrar se o modelo aplicado atende os fins para que foi criado ou enseja revisão e atualização.

2 METODOLOGIA

Utilizou-se como método de abordagem, o dialético e como método de procedimento, a pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica realizou-se por meio da análise da LEP e atos normativos publicados sobre o tema pela Superintendência do Sistema Penal (SUSIPE), Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e Ministério Público do Estado do Pará (MPE-PA). Quanto a pesquisa documental, foi realizada com a coleta dos dados da SUSIPE quanto a **capacidade, ocupação e excedente**, a partir do quadro demonstrativo de vagas, população e situação jurídica, elaborado pela Superintendência e diariamente encaminhado ao MPE-PA, tendo como data de corte o dia 31.03.2016.

Compõe ainda a pesquisa documental, a análise dos relatórios digitais disponíveis no sítio do CNMP⁴, cuja validação é de responsabilidade de cada Ministério Público, por meio de sua Corregedoria-Geral. As informações demonstram quantitativa e qualitativamente, a situação encontrada no sistema penal paraense, a partir da fiscalização do MPE-PA.

No formulário do CNMP, a temática analisada consta nas sessões X - **Assistência Educacional** e XIII - **Trabalho**, sendo os dados coletados no relatório anual, cuja visita deve ser feita no mês de março de cada ano. Quanto ao período da coleta de dados, ocorreu até o dia 24 de junho de 2016. Quanto ao formulário, este sofreu alterações em seu conteúdo, em relação ao ano de 2015, principalmente quanto ao menor detalhamento

³ A demonstração individual das casas penais no ano de 2015 está descrita no bojo do trabalho de conclusão de curso (TCC), defendido em junho de 2015, pela FACI DeVry, com o tema “O Respeito aos Direitos do Apenado, em Relação ao Trabalho e a Educação, no Estado do Pará: Estudo de Caso Realizado no Presídio Estadual Metropolitano II (PEM II)”.

⁴ Atuação do Ministério Público regulamentada no âmbito do sistema prisional com a edição pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) da Resolução n. 56, de 22.06.10, (alterada pelas Resoluções n. 80, de 18.10.2011 e n. 120, de 12.03.2015), estabelecendo modelo padronizado de avaliação do sistema penal a ser preenchido pelos membros do Ministério Público incumbidos do controle do sistema carcerário.

dos questionamentos em 2016, sem, contudo, prejudicar a compreensão e os resultados da pesquisa.

Registra-se que no relatório do CNMP, há a sessão IV – Capacidade e Ocupação, contudo, deixa de ser analisada na presente pesquisa, por constar informação referente a data da visita, que não será a mesma para todos os relatórios analisados, diferente do quadro da SUSIPE, já mencionado, que registra em uma mesma data o quantitativo de todas as casas penais. Para análise dos dados, foram utilizados os procedimentos estruturados e instrumentos formais existentes na coleta das informações.

3 GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais estão disciplinados na Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, subdivididos em cinco capítulos, além de outros artigos constitucionais, que envolvem os direitos individuais, os direitos à nacionalidade, direitos políticos, etc. O constituinte de 1988 consagrou nos artigos 1º e 3º, a dignidade do homem como valor primordial, propiciando unidade e coesão ao texto, de molde a servir de diretriz para a interpretação de todas as normas que o constituem. Importante lembrar o fato de que os direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais receberam o mesmo tratamento dos direitos fundamentais e passaram a ter aplicabilidade imediata no direito interno de nosso País

Mandamento relevante emana do artigo 5º da CF/88, quando determina que todos são iguais perante a lei e enumera diversos direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, sendo particularmente importantes para a compreensão do tema, destacar os direitos dos apenados, que gozam de garantias específicas, não sendo permitido ao Estado cercear direitos não disponíveis como a dignidade, a possibilidade de conviver em um ambiente salubre, ter acesso a possibilidade de trabalho e educação, entre outros.

No que tange à educação, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 205, assevera ser um direito de todos e dever do Estado e da Família, sendo desenvolvida com a colaboração da sociedade, visando, dentre outros, a sua qualificação para o trabalho.

O efetivo cumprimento do dever do Estado, de acordo com os artigos 208, 211 e 214 da CF/88, é observado no direito subjetivo de acesso ao ensino obrigatório e gratuito, sendo que o seu não oferecimento pelo Poder Público ou sua oferta irregular, importa em responsabilidade deste.

Em relação ao trabalho, torna-se necessário ressaltar que é direito do apenado não ser submetido a trabalho forçado e sem qualquer tipo de retribuição, visto que a proibição do trabalho escravo foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Emenda Constitucional n. 81/2014, que deu nova redação ao artigo 243 da CF/88 e asseverou, inclusive, a expropriação das propriedades rurais e urbanas e o

confisco dos bens de valor econômico, se identificada a exploração de trabalho escravo. Em outro aspecto, a nossa Constituição Federal proíbe as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (Art. 5º, inciso XLVII, da CF/88). Resta estabelecido, também, que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado e que será assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (incisos XLVIII e XLIX).

No aspecto infraconstitucional, a aplicação da lei penal está reservada à observância dos ditames do Código Penal (CP), Decreto-Lei 2.848/40, atualizado em 1984, com a publicação da Lei 7.209/84, e da Lei de Execução Penal, Lei 7.210/84, a qual deve ser orientada para integrar o apenado à sociedade, sendo um dos seus princípios o da humanidade das penas, visto que o sentenciado, por óbvio, não perde sua condição humana, mesmo quando encarcerado

Nesse sentido, o cumprimento da pena é realizado em estágios, a partir de um período inicial de isolamento e a consequente concessão de benefícios até a liberdade do preso. Considera-se o comportamento do preso, demonstrado por sua boa conduta, pelo trabalho e a sua resposta aos procedimentos aplicados, destinados à sua ressocialização.

Quanto à capacidade e ocupação, a LEP determina em seu artigo 85 que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, sendo o limite máximo de capacidade determinado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). E no Regimento Interno da SUSIPE, artigo 81 estipula-se que a capacidade das unidades penitenciárias deverá ser respeitada a fim de que se estabeleçam condições mínimas de salubridade para os presos custodiados, de acordo com a LEP, assim como para resguardar a integridade física de servidores e melhor condição de trabalho.

A assistência educacional, o trabalho e a produção dos internos, estão previstas no Regimento Interno da SUSIPE, em seus artigos 106 e 107 e compreendem a instrução escolar e a formação profissional do preso e do interno, bem como as oportunidades de trabalho voltadas para o apenado.

Em seus artigos 17 a 21 da LEP, também estão previstas a assistência educacional, que compreende a instrução escolar e a formação profissional do preso e do interno, sendo obrigatórios o ensino de 1º grau e o ensino profissional ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico. Quanto à mulher condenada, esta terá ensino profissional adequado à sua condição.

Possibilita a LEP, a oferta de cursos especializados, com a instalação de escolas ou formação de convênio com entidades públicas ou particulares para o desenvolvimento das atividades educacionais. As unidades devem possuir biblioteca, adequadas às condições locais, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos.

Quanto ao trabalho, compreendido na LEP em seu artigo 28 como dever social e condição de dignidade humana, deve possuir finalidade educativa e produtiva e aplicar a organização e os métodos de trabalho, além das precauções relativas à segurança e à higiene.

Os regimes de encarceramento determinam a oportunidade ou não de trabalho, de acordo com a LEP. No regime fechado, os condenados podem trabalhar dentro dos presídios. No regime semiaberto, a atividade pode ser desenvolvida em colônias agrícolas ou industriais, ou em órgão público ou empresa privada, se obtida a autorização judicial.

A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 da pena, conforme dispõe o artigo 37 da LEP. Quanto aos condenados por crimes hediondos e equiparados, a progressão dar-se-á após o cumprimento de 2/5 da pena, se primário, e de 3/5, se reincidente (lei n. 8.072/90, artigo 2º, § 2º).

Assevera a LEP que o trabalho interno é obrigatório ao condenado à pena privativa de liberdade, devendo este desenvolver as atividades à medida de suas aptidões e capacidade. Já para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento, conforme dispõe o artigo 31, *caput*, e parágrafo único da LEP.

Consigna a legislação que na atribuição do trabalho deverão ser consideradas a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado (artigo 32, LEP), devendo ser resguardadas as características de cada detento.

O trabalho realizado pelo preso será sempre remunerado e garantidos os benefícios da Previdência Social, conforme disposto no artigo 39 do Código Penal, com regulamento especial, resguardado pela LEP, por força dos artigos 28 a 37. Não está sujeito, contudo, ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), conforme artigo 28, § 2º, da LEP, por não se tratar de livre pactuação entre as partes.

A remuneração permitida ao detento e a forma de pagamento são regulamentadas pela SUSIPE por tabela própria e não pode ser inferior a 3/4 do salário mínimo, conforme artigo 29 da LEP. Estabelece a LEP, artigo 33 *caput* e parágrafo único, que a jornada normal de trabalho não será inferior a 6, nem superior a 8 h, tendo descanso nos domingos e feriados, sendo permitido horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal.

Sobre o instituto da remição, destina-se ao condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto e a contagem do prazo é feita à razão de um dia de pena por três de trabalho; e de um dia de pena a cada 12 h de frequência escolar, divididas, no mínimo em três dias, sendo possível em qualquer regime e também no livramento condicional, na remição pelo estudo. O tempo a remir em função do estudo será acrescido de 1/3, caso obtenha a conclusão do curso durante o cumprimento da pena, devendo ser observada a compatibilidade do trabalho e estudo a realizar.

4 APRESENTAÇÃO DOS DADOS

4.1 PANORAMA GERAL

As casas penais no Estado do Pará totalizam 45 unidades penitenciárias (UPs) sob a responsabilidade da SUSIPE, sendo 22 na região metropolitana de Belém (RMB), 22 no interior e um Núcleo Gestor de Monitoramento Eletrônico (NGME). Na coleta de dados em março de 2015, foram observadas 42 UPs, sendo 20 na RMB, 21 no interior e um NGME.

A diferença refere-se à inauguração em 2016 da Central de Triagem Metropolitana IV em Santa Isabel e o Centro de Reeducação Feminino em Marituba. No interior, foi inaugurado o Centro de Reeducação Feminino em Marabá e a Central de Triagem Masculina de Marabá, que substituiu o Centro de Recuperação Regional de Marabá, desativado. Houve ainda a alteração de nomenclatura do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico para Hospital Geral Penitenciário.

A SUSIPE considera como RMB⁵ apenas os municípios de Belém, Ananindeua, Marituba e Santa Isabel do Pará, embora seja composta ainda pelos municípios de Benevides, Santa Bárbara e Castanhal⁶.

A população carcerária do Estado do Pará é de 14.539 internos, referente aos presos custodiados pela SUSIPE, Polícia Civil e NGME. Em 2015, era de 13.060 internos.

Atendo-se **apenas** a população carcerária custodiada pela SUSIPE, objeto do presente estudo, observa-se que esta **equivale a 13.638 internos, sendo 7.619 na RMB e 6.019 no interior do Estado**. Em 2015, os dados apresentavam 12.235 internos, sendo 6.995 na RMB e 5.240 no interior do Estado.

Quanto à capacidade, **refere-se a 8.489 de vagas totais, sendo 5.345 para a RMB e 3.144 para o interior do Estado**. Em 2015, a capacidade era de 7.889, sendo 5.003 para a RMB e 2.886 para o interior do Estado.

Fazendo um recorte dos 13.638 internos custodiados pela SUSIPE, observa-se que **2.552 estão presos em Delegacias, sendo 945 na RMB e 1.607 no interior do Estado**, o que contraria Recomendação de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de erradicar a presença de presos em delegacias. Em 2015, havia 2.113 presos em Delegacias, sendo 900 na RMB e 1.213 no interior do Estado.

Em relação ao **total de 14.539 internos e os 13.638** sob a responsabilidade exclusiva da SUSIPE, observa-se os presos custodiados pela Polícia Civil, no total de 439 internos nas Delegacias do interior e os presos monitorados, no total de 462. Em todo

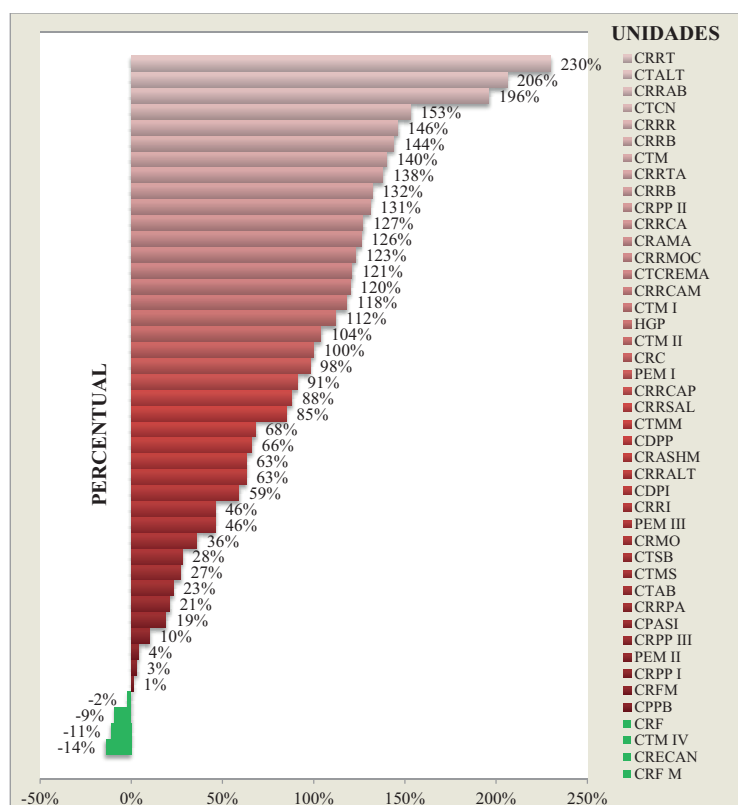
⁵ Disponível em: <https://issuu.com/acssusipe/docs/marco_2016_-_susipe_em_n_meros_-_f_132569768b1288>. Acesso em 04.06.2016.

⁶ Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/redeipea/images/pdfs/governanca_metropolitana/rel_1_1_rm_belem.pdf>. Acesso em 04.06.2016.

o Estado há 3 unidades prisionais destinadas apenas para mulheres, sendo 2 na RMB e 1 em Marabá.

Em análise, verifica-se que o excedente da população carcerária em 2016 é de mais de 60% do total das vagas ofertadas, sendo na capital cerca de 40% e no interior alcançado o inominado percentual de mais de 90%. Em 2015 o excedente ainda estava na casa dos 50%. Ou seja, mesmo com a criação de novas casas penais o excedente aumentou.

EXCEDENTES NAS CASAS PENAIS



Fonte: SUSIPE. **Quadro demonstrativo do Governo do Estado do Pará, Superintendência do Sistema Penitenciário** – março de 2016. [mensagem pessoal]. Arquivo recebido por <MSN_NewsletterBR@hotmail.com> em 31.03.2016. Gráfico elaborado por Rose Mary E. de Carvalho.

Conforme se depreende em Bitar e Rodrigues⁷ (2016), houve um crescimento significativo da população carcerária em detrimento da capacidade do Estado de encarcerar e promover a reeducação do preso. Foi apresentado um paralelo com a taxa geométrica da população do Estado do Pará, comparando os períodos de 1995-2006 e de 2006-2014, concluindo que no primeiro período analisado, a capacidade do Estado era suficiente para atender a demanda apresentada, contudo, no segundo período, mesmo com as médias de crescimento menores em relação a população do Estado, população carcerária e capacidade de vagas, o investimento do Estado foi insignificante perante a demanda apresentada, o que deu início ao excedente, presente em quase todas as casas penais paraenses. Atualmente, mesmo com a inauguração das casas penais citadas, ainda se observa excedente da população prisional.

Os estabelecimentos penais são demonstrados a seguir quanto à sua **capacidade, ocupação, excedente, educação e trabalho** e descritos conforme a sua região de integração⁸.

4.2 1ª REGIÃO: METROPOLITANA

A RMB compreende os municípios de Belém, Ananindeua, Marituba e Santa Isabel do Pará, conforme estabelecido pela SUSIPE. Possui 50% das unidades prisionais, mas apresenta um excedente de 43%, abrigando presos de outros municípios, que diante da insuficiência de vagas em diversas regiões, além de outros fatores, são transferidos para a RMB. Uma realidade inadequada, porém, menos preocupante do que a observada no interior, cujo excedente é de 91%. Em 2015 a RMB compreendia cerca de 49% das casas penais e o excedente era de 40%. No interior, que possuía cerca de 51% dos estabelecimentos, o excedente era de 82%. Observa-se, assim, que a situação já preocupante conseguiu ficar pior.

4.2.1 Belém

A população carcerária total custodiada pela SUSIPE na cidade de Belém, refere-se ao quantitativo existente nas 3 Centrais de Triagem, nos 2 Centros de Recuperação, no Centro de Progressão e no Centro de Detenção. Dos 7 estabelecimentos, observa-se uma variação do excedente que varia desde apenas 1%, no Centro de Progressão, voltado para presos condenados e que cumprem pena no regime semiaberto, a 140%,

⁷ BITAR, Marilze Ribeiro; RODRIGUES, Alexandre Manuel Lopes. **O Respeito aos Direitos do Apenado, em Relação ao Trabalho e a Educação, no Estado do Pará: Estudo de Caso Realizado no Presídio Estadual Metropolitano II (PEM II)**. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, Maringá, v. 16, n. 1, p. 73-99, jan/abr. 2016.

⁸ São 12 regiões de integração. Disponível em: <https://issuu.com/acssusipe/docs/marco_2016_-_susipe_em_n_meros_-_f_132569768b1288>. Acesso em 04.06.2016.

na Central de Triagem da Marambaia, que abriga presos provisórios, em regime fechado. Em 2015, o Centro de Progressão encontrava-se abaixo do limite da capacidade, com o número de vagas livres em -3% e a Central de Triagem da Marambaia apresentava um excedente de 133%, o maior da RMB.

4.2.1.1 Centrais de Triagem

São estabelecimentos voltados para a custódia de presos provisórios do sexo masculino, condenados às penas de reclusão em regime fechado. Não ofertam assistência educacional, local para aprendizado ou biblioteca, nem livre acesso à leitura. Não são desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Em relação ao trabalho, não há avaliação e estímulo ao crescimento profissional que permita a qualificação ou diversificação do trabalho; não há diferenciação entre os idosos e as pessoas com deficiência no exercício das atividades e também não há oficinas de trabalho. Onde se identificam homens trabalhando a jornada de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho.

Central de Triagem da Marambaia (CTMAB) possui capacidade para 75 e está ocupada com 180 detentos, representando um excedente de 140%. Há 3 vagas ocupadas com o trabalho interno e remuneradas. Informou haver parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho, contudo, não há informação sobre as atividades desenvolvidas.

Central de Triagem da Cremação (CTCREMA) possui capacidade para 92 e está ocupada com 203 detentos, representando um excedente de 121%. Quanto ao trabalho não é ofertado.

Central de Triagem de São Brás (CTSB) possui capacidade para 120 e está ocupado com 163 detentos, representando um excedente de 36%. Há 1 vaga ocupada com o trabalho interno e remunerada, ocorrendo a avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho.

4.2.1.2 Centros de Recuperação

Os Centros de Recuperação destinam-se à custódia de presos do sexo masculino condenados à pena de reclusão em regime fechado e ao preso provisório. Excepcionalmente, verificou-se nos 2 estabelecimentos presos cumprindo pena no regime semiaberto. Onde se identificam homens trabalhando a jornada de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho.

Centro de Recuperação de Mosqueiro (CRMO) possui capacidade para 48 e está ocupado com 70 detentos, sendo 2 no regime semiaberto, representando um excedente de 46%. Não há assistência educacional, mas há local adequado para aprendizado como a biblioteca, sendo garantido o livre acesso à leitura a todos os

presos. Não são desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Há 12 vagas ocupadas e remuneradas com o trabalho interno. Há avaliação e estímulo ao crescimento profissional que permita a qualificação ou diversificação do trabalho; os idosos e as pessoas com deficiência exercem trabalho apropriado ao seu estado. Não há oficinas de trabalho, nem parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento.

Centro de Recuperação do Coqueiro (CRC) possui capacidade para 169 e está ocupado com 338 detentos, sendo 275 no regime fechado e 63 no regime semiaberto, representando um excedente de 100%. Há 72 vagas para educação, mas apenas 42 ocupadas. É oferecido o ensino de alfabetização, fundamental e médio. O local ofertado para aprendizado e a biblioteca, são considerados insuficientes, mas é garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. O espaço para a prática de atividades esportivas e as atividades de lazer e culturais também são desenvolvidas de forma insuficiente.

Há 3 vagas ocupadas com o trabalho interno e remuneradas; há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho; há avaliação e estímulo ao crescimento profissional que permita a qualificação ou diversificação do trabalho; há diferenciação entre os idosos e as pessoas com deficiência no exercício das atividades. Não há oficinas de trabalho, mas há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento.

Centro de Detenção Provisória de Icoaraci (CDPI) é um estabelecimento voltado para a custódia de pessoas presas do sexo masculino, condenados às penas de reclusão em regime fechado. Possui capacidade para 120 e está ocupado com 196 detentos, representando um excedente de 63%.

Há 40 vagas para educação, mas apenas 18 ocupadas. É oferecido ensino de alfabetização e fundamental e há local adequado para aprendizado como a biblioteca, sendo garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. Não há espaço para a prática de atividades esportivas, sendo estas e ainda as de lazer e culturais desenvolvidas de forma insuficiente. Quanto ao trabalho, há 15 vagas ocupadas com o trabalho interno e remuneradas; há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho. Não há oficinas de trabalho, nem parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento.

Centro de Progressão Penitenciária de Belém (CPPB) unidade destinada somente a presos que cumprem pena em regime semiaberto, do sexo masculino. Excepcionalmente, verificou-se presos cumprindo pena no regime fechado. Não há, contudo, informação específica sobre o Centro de Progressão no Regimento Interno da SUSIPE, talvez devido a este ter sido inaugurado em 2011 e o Regimento datar de 2010.

Possui capacidade para 150 e está ocupado com 152 detentos, sendo 150 no regime semiaberto e 2 no fechado, representando um excedente de 1%. Não oferta assistência educacional e não há biblioteca, apesar de ser garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. Não há espaço para a prática de atividades esportivas, de lazer e culturais. Há 133 vagas de trabalho disponibilizadas, todas ocupadas, sendo 13 com

o trabalho interno e voluntário e 120 ocupadas com o trabalho externo e remunerado; há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho. Os idosos e as pessoas com deficiência exercem trabalho apropriado ao seu estado. Não há oficinas de trabalho, mas há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho interno e externo.

4.2.2 Ananindeua

A população carcerária total custodiada pela SUSIPE na cidade de Ananindeua, refere-se ao quantitativo existente nas 2 Centrais de Triagem e no Centro de Reeducação Feminino. Dos 3 estabelecimentos, observa-se uma variação do excedente que demonstra desde o número de vagas livres em -2%, encontrando-se abaixo do limite da capacidade no Centro de Reeducação Feminino, **ao excedente de 153%, na Central de Triagem da Cidade Nova, que ocupa o primeiro lugar** entre os 22 estabelecimentos da RMB com maior distorção entre capacidade e ocupação. Em 2015 o Centro de Reeducação Feminino encontrava-se com excedente em 14% e a Central de Triagem da Cidade Nova já apresentava um excedente de 130%.

4.2.2.1 Centrais de Triagem

São estabelecimentos voltados para a custódia de presos provisórios do sexo masculino, condenados às penas de reclusão em regime fechado. Não ofertam assistência educacional, local para aprendizado ou biblioteca. Não contemplam oficinas de trabalho, nem parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento. Onde se identificam homens trabalhando a jornada de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho.

Central de Triagem Metropolitana II (CTM II) possui capacidade para 144 e está ocupada com 294 detentos, representando um excedente de 104%. É garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. São desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Quanto ao trabalho ofertado, há 27 vagas internas remuneradas ocupadas, proporcionando que os idosos e as pessoas com deficiência exerçam trabalho apropriado ao seu estado.

Central de Triagem Cidade Nova (CTCN) possui capacidade para 130 e está ocupada com 329 detentos, representando um excedente de 153%. Não é garantido o livre acesso à leitura aos presos. Não são desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Há 4 vagas ocupadas com o trabalho interno e remuneradas e há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho.

Centro de Reeducação Feminino (CRF) voltado para presas do sexo feminino em qualquer dos regimes de execução da pena e a internas submetidas à decisão judicial criminal restritiva de liberdade. Possui capacidade para 480 e está ocupado com 472

detentas, sendo 428 em regime fechado e 44 em semiaberto, encontrando-se abaixo do limite da capacidade, com o número de vagas livres em -2%.

Há 230 vagas para educação, mas apenas 35 educandas matriculadas. É oferecido ensino de alfabetização, fundamental e médio; há local adequado para aprendizado como a biblioteca, sendo garantido o livre acesso à leitura a todas as presas. Há espaço para a prática de atividades esportivas, mas ocorrem de forma insuficiente. São desenvolvidas atividades de lazer e culturais. Quanto ao trabalho, há 80 vagas disponibilizadas, todas ocupadas, sendo 44 com o trabalho interno e voluntário e 36 ocupadas com o trabalho externo e remunerado; há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho; há avaliação e estímulo ao crescimento profissional que permite a qualificação ou diversificação do trabalho. Há oficinas de trabalho e parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho interno e externo.

4.2.3 Marituba

A população carcerária total custodiada pela SUSIPE na cidade de Marituba, refere-se ao quantitativo existente nos 3 Presídios Estaduais Metropolitanos e no Centro de Reeducação Feminino Marituba. Dos 4 estabelecimentos, observa-se uma variação do excedente que demonstra desde o número de vagas livres em -14%, encontrando-se abaixo do limite da capacidade no Centro de Reeducação Feminino, ao excedente de 98%, no Presídio Estadual Metropolitano I que apresentava um excedente de 67% em 2015. O Centro de Reeducação Feminino, recentemente inaugurado, não possui dados anteriores.

4.2.3.1 Presídios Estaduais Metropolitanos

São estabelecimentos penais do tipo penitenciária ou centro de recuperação, e destinam-se ao preso do sexo masculino condenado à pena de reclusão em regime fechado e ao preso provisório. Ofertam oportunidade de trabalho, avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho e há diferenciação entre os idosos e as pessoas com deficiência no exercício das atividades. Não possuem parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de vagas de trabalho. Onde se identificam homens trabalhando a jornada de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho.

Presídio Estadual Metropolitano I (PEM I) possui capacidade para 404 e está ocupado com 801 detentos, apresentando um excedente de 98%. Não é ofertada assistência educacional no momento em decorrência de rebelião na Casa Penal, quando as salas de aula foram danificadas. Há biblioteca e é garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. São desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Há registro

de 48 vagas ocupadas com o trabalho interno e remuneradas; há avaliação e estímulo ao crescimento profissional que permite a qualificação ou diversificação do trabalho e há oficinas de trabalho.

Presídio Estadual Metropolitano II (PEM II) possui capacidade para 304 e está ocupado com 335 detentos, apresentando um excedente de 10%. Oferta 80 vagas para educação com 21 educandos matriculados. É oferecido ensino de alfabetização, fundamental, médio e profissionalizante. Há local adequado para o aprendizado e biblioteca, sendo garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. São desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Há registro de 25 vagas ocupadas com o trabalho interno, sendo 14 remuneradas e 11 voluntárias e há oficinas de trabalho.

Presídio Estadual Metropolitano III (PEM III) possui capacidade para 288 e está ocupado com 421 detentos, sendo 6 no regime semiaberto, apresentando um excedente de 46%. Oferta 60 vagas para educação, com 25 educandos matriculados. É oferecido ensino de alfabetização, fundamental, médio e profissionalizante. Há local adequado para o aprendizado e biblioteca, sendo garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. Não são desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer, apesar de haver espaço para a prática esportiva. Há registro de 15 vagas ocupadas com o trabalho interno e remuneradas. Não há oficinas de trabalho.

Centro de Reeducação Feminino Marituba (CRF M) destinado a presas do sexo feminino no regime semiaberto. Possui capacidade para 50 e está ocupado com 43 detentas, sendo 1 em regime aberto, encontrando-se abaixo do limite da capacidade, com o número de vagas livres em -14%. Por ser um estabelecimento recentemente inaugurado, não possui dados de 2015 e nem de 2016 sobre a assistência educacional e o trabalho.

4.2.4 Santa Isabel

Em relação a população carcerária custodiada pela SUSIPE na cidade de Santa Isabel, o município ultrapassou o número de casas penais de Belém, com a inauguração da Central de Triagem Metropolitana IV, chegando a 8 unidades penais, abrigando inclusive o único Hospital Geral Penitenciário, destinado aos inimputáveis e semi-imputáveis e a Colônia Penal Agrícola, destinada a presos em regime semiaberto.

Destaca-se também os 3 Centros de Recuperação Penitenciários, que juntos possuem cerca de 1.999 detentos, representando 26% em relação a RMB. O CRPP I é o que concentra o maior número de apenados, 818, porém, tem o menor percentual de excedente, 4%. Já o CRPP II se destaca em relação ao excedente, com o percentual de 131%. Em sentido contrário, destaca-se o Centro de Recuperação Especial e a Central de Triagem Metropolitana IV, que estão com a ocupação abaixo da capacidade ofertada.

4.2.4.1 Centros de Recuperação Penitenciários

São estabelecimentos penais do tipo penitenciária ou centro de recuperação, e destinam-se ao preso do sexo masculino condenado à pena de reclusão em regime fechado e ao preso provisório. Há biblioteca e é garantido o livre acesso à leitura a todos os presos, além de serem desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Ofertam oportunidade de trabalho; há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho; há avaliação e estímulo ao crescimento profissional que permita a qualificação ou diversificação do trabalho; há diferenciação entre os idosos e as pessoas com deficiência no exercício das atividades. Não há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho. Onde se identificam homens trabalhando a jornada de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho.

Centro de Recuperação Penitenciário do Pará I (CRPP I) possui capacidade para 786 e está ocupado com 818 detentos, apresentando um excedente de 4%. Não há assistência educacional e o local destinado para aprendizado é considerado insuficiente. Quanto ao trabalho realizada no estabelecimento, há registro de 133 vagas ocupadas com o trabalho interno e remunerado. Não há oficinas de trabalho.

Centro de Recuperação Penitenciário do Pará II (CRPP II) possui capacidade para 288 e está ocupado com 666 detentos, apresentando um excedente de 131%. Oferta 100 vagas para a educação, havendo 70 educandos matriculados. É oferecido ensino de alfabetização, fundamental, médio e profissionalizante. O local disponibilizado para o aprendizado não é considerado adequado. Quanto ao trabalho, há 60 vagas para o trabalho interno, todas ocupadas e remuneradas. Percebe-se um erro de digitação, pois informa haver ainda 4 vagas ocupadas com atividade voluntária. Há oficinas de trabalho.

Centro de Recuperação Penitenciário do Pará III (CRPP III) possui capacidade para 432 e está ocupado com 515 detentos, apresentando um excedente de 19%. Não há assistência educacional, sendo o local destinado para aprendizado considerado insuficiente. Disponibiliza 15 vagas de trabalho interno, todas ocupadas, não sendo informado se remuneradas ou voluntárias. Não há oficinas de trabalho.

4.2.4.2 Centrais de Triage

São estabelecimentos voltados para a custódia de presos provisórios do sexo masculino, condenados às penas de reclusão em regime fechado. Onde se identificam homens trabalhando a jornada de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho.

Central de Triage Metropolitana I (CTM I) possui capacidade para 148 e está ocupada com 323 detentos, apresentando um excedente de 118%. Oferta 20

vagas para a educação, havendo 12 vagas ocupadas. É oferecido ensino de alfabetização, fundamental, médio e profissionalizante. O local disponibilizado para o aprendizado é considerado insuficiente. Não possuem biblioteca, mas é garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. São desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Disponibiliza 20 vagas de trabalho interno, todas ocupadas, não sendo informado se as vagas são remuneradas ou voluntárias. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho e há avaliação e estímulo ao crescimento profissional que permita a qualificação ou diversificação do trabalho. Não há oficinas de trabalho e nem há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento.

Central de Triagem Metropolitana IV (CTM IV) possui capacidade para 292 e está ocupado com 267 detentos, sendo 2 em regime semiaberto, encontrando-se abaixo do limite da capacidade, com o número de vagas livres em -9%. Por ser um estabelecimento recentemente inaugurado, não possui dados de 2015 e nem de 2016 sobre a assistência educacional e o trabalho.

Colônia Penal Agrícola de Santa Isabel (CPASI) é o estabelecimento penal destinada ao cumprimento de pena em regime semiaberto. Possui capacidade para 622 e está ocupado com 750 detentos, apresentando um excedente de 21%. Oferta 40 vagas para a educação, com 25 vagas ocupadas. É oferecido ensino de alfabetização, fundamental, médio e profissionalizante. O local disponibilizado para o aprendizado não é considerado adequado. Não há biblioteca, mas é garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. São desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Há registro de 150 vagas ocupadas com o trabalho interno, não sendo informado se o trabalho é remunerado ou voluntário; há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho e há diferenciação entre os idosos e as pessoas com deficiência no exercício das atividades. Não há oficinas de trabalho e nem parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento.

Centro de Recuperação Especial Coronel Anastácio das Neves (CRECAN) destina-se à custódia de pessoas presas condenadas ou provisórias na qualidade de servidores públicos da administração pública direta e indireta, federais, estaduais ou municipais. Possui capacidade para 120 e está ocupado com 107 detentos, sendo 86 do sexo masculino e 1 do sexo feminino no regime fechado; há ainda 20 detentos do sexo masculino no regime semiaberto. Encontra-se abaixo do limite da capacidade, com o número de vagas livres em -11%.

Oferta 20 vagas para educação, havendo 15 vagas ocupadas. É oferecido ensino de alfabetização, fundamental, médio e profissionalizante. O local disponibilizado para o aprendizado é considerado insuficiente. Há biblioteca, mas não é garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. São desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Há registro de 45 vagas remuneradas, sendo 30 vagas ocupadas com o trabalho interno e 15 vagas ocupadas com o trabalho externo; há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho; há diferenciação entre os idosos e as

pessoas com deficiência no exercício das atividades. Não há oficinas de trabalho e nem parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento.

Hospital Geral Penitenciário (HGP) destina-se aos detentos de ambos os sexos, inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do CP, em cumprimento de medida de segurança. Possui capacidade para 83 e está ocupado com 176 detentos no regime fechado, sendo 165 do sexo masculino e 11 do sexo feminino, apresentando um excedente de 112%. Não há assistência educacional, mas há local adequado para aprendizado e biblioteca, sendo garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. São desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Informa haver 30 vagas remuneradas ocupadas por homens e 8 vagas ocupadas por mulheres, em trabalho interno, não sendo informado se o trabalho ocupado pelas mulheres é remunerado ou voluntário. Há diferenciação entre os idosos e as pessoas com deficiência no exercício das atividades. Não há oficinas de trabalho e nem parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento.

4.3 2ª REGIÃO: GUAMÁ

Centro de Recuperação Regional de Castanhal (CRRCA) destina-se à custódia de presos do sexo masculino condenados à pena de reclusão em regime fechado e ao preso provisório. Possui capacidade para 156 e está ocupado com 354 detentos no regime fechado, apresentando um excedente de 127%. Oferta 15 vagas para a educação, com 6 vagas ocupadas. É oferecido ensino de alfabetização, fundamental e profissionalizante. Há local disponibilizado para o aprendizado e biblioteca, sendo garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. São desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer.

Disponibiliza 25 vagas de trabalho interno remuneradas e ocupadas. A jornada de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho. Não há oficinas de trabalho e nem há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento.

4.4 3ª REGIÃO: RIO CAETÉ

Contempla os municípios de Bragança, Capanema e Salinópolis, com a existência de 3 Centros de Recuperação e destinam-se à custódia de presos do sexo masculino condenados à pena de reclusão em regime fechado e ao preso provisório. Onde se identificam homens trabalhando a jornada de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho.

Centro de Recuperação Regional de Bragança (CRRB) possui capacidade para 122 detentos e está ocupado com 283, sendo 244 no regime fechado e 39 em regime semiaberto, apresentando um excedente de 132%. Oferta 40 vagas para a alfabetização

e ensino fundamental, todas ocupadas. Há local disponibilizado para o aprendizado e biblioteca, não sendo, contudo, garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. Não são desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Disponibiliza 45 vagas de trabalho remuneradas, todas ocupadas, sendo 25 para o trabalho interno e 20 para atividade externa. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho; há diferenciação entre os idosos e as pessoas com deficiência no exercício das atividades. Não há oficinas de trabalho, mas há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho externo.

Centro de Recuperação Regional de Capanema (CRRCAP) possui capacidade para 64 e está ocupado com 122 detentos no regime fechado, apresentando um excedente de 91%. Oferta 30 vagas para a alfabetização e ensino fundamental, com apenas 20 ocupadas. Há local disponibilizado para o aprendizado e biblioteca, garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. São desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Disponibiliza 11 vagas de trabalho interno, ocupadas e remuneradas. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho; há diferenciação entre os idosos e as pessoas com deficiência no exercício das atividades. Há oficina de trabalho, mas considerada insuficiente. Há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho interno.

Centro de Recuperação Regional de Salinópolis – (CRRSAL) possui capacidade para 120 e está ocupado com 226 detentos no regime fechado, apresentando um excedente de 88%. Oferta 25 vagas para a educação, estando 24 ocupadas com o ensino de alfabetização e fundamental. Há local disponibilizado para o aprendizado e biblioteca, sendo garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. São desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Disponibiliza 17 vagas de trabalho interno, ocupadas, não sendo informado se o trabalho é remunerado ou voluntário. Há oficina de trabalho, mas não há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho interno.

4.5 4ª REGIÃO: ARAGUAIA

Centro de Recuperação Regional de Redenção (CRRR) destina-se à custódia de presos do sexo masculino e feminino condenados à pena de reclusão em regime fechado e ao preso provisório. A jornada de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho. Possui capacidade para 120 e está ocupado com 295 detentos, sendo 242 do sexo masculino e 25 do sexo feminino no regime fechado e 28 do sexo masculino no regime semiaberto, apresentando um excedente de 146%. Em 2015 foi considerado o estabelecimento **com maior desvio entre a capacidade e ocupação, constatando uma situação alarmante quanto ao excedente de 286%**, quase 4 vezes a sua capacidade.

Oferta 80 vagas para a educação fundamental, todas ocupadas. Há local disponibilizado para o aprendizado, mas não há biblioteca, não sendo garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. Não são desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Disponibiliza 16 vagas para o trabalho, sendo 14 vagas para homens, remuneradas e ocupadas, divididas em 11 para atividade interna e 3 para atividade externa. Possui ainda 2 vagas para mulheres, remuneradas e ocupadas. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho; há diferenciação entre os idosos e as pessoas com deficiência no exercício das atividades. Não há oficina de trabalho e nem parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho interno.

4.6 5ª REGIÃO: CARAJÁS

Compreende os municípios de Marabá, com 3 casas penais e Parauapebas. O Centro de Recuperação Agrícola em Marabá é voltado para o sexo masculino e feminino. Houve a inauguração em 2016 de 2 estabelecimentos penais, o Centro de Reeducação Feminino de Marabá e a Central de Triagem Masculino de Marabá, este último substituiu o Centro de Recuperação Regional de Marabá. Onde se identificam homens trabalhando a jornada de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho.

Centro de Recuperação Agrícola Mariano Antunes de Marabá (CRAMA) se destina à custódia de pessoas presas condenadas ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime semiaberto. Possui capacidade para 180 e está ocupado com 407 detentos, sendo 274 do sexo masculino no regime fechado; 115 do sexo masculino e 18 do sexo feminino no regime semiaberto, apresentando um excedente de 126%. Oferta 60 vagas para a educação, todas ocupadas. Há vagas para alfabetização, ensino fundamental, médio e profissionalizante. Há local disponibilizado para o aprendizado e biblioteca, sendo garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. Não são desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer.

Disponibiliza 72 vagas de trabalho, todas ocupadas, sendo 38 internas e 20 externas, para homens e remuneradas; ainda dispõe de 11 internas e 3 externas, para mulheres, remuneradas. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho; há avaliação e estímulo ao crescimento profissional que permita a qualificação ou diversificação do trabalho; há diferenciação entre os idosos e as pessoas com deficiência no exercício das atividades. Há oficina de trabalho, mas considerada insuficiente e há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho externo.

Central de Triagem Masculino de Marabá (CTMM) anteriormente chamado de Centro de Recuperação Regional de Marabá, destina-se a custódia de presos provisórios do sexo masculino, condenados às penas de reclusão em regime fechado.

Possui capacidade para 292 e está ocupado com 541 detentos em regime fechado e 2 em regime semiaberto, apresentando um excedente de 85%. Oferta 13 vagas para a educação, todas ocupadas com o ensino de alfabetização. Há local disponibilizado para o aprendizado, sendo garantido o livre acesso à leitura a todos os presos, mas não há biblioteca. Não são desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer.

Disponibiliza 9 vagas de trabalho interno e 1 de trabalho externo, todas ocupadas e remuneradas. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho; há avaliação e estímulo ao crescimento profissional que permita a qualificação ou diversificação do trabalho; há diferenciação entre os idosos e as pessoas com deficiência no exercício das atividades. Não há oficina de trabalho, mas há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho interno e externo.

Centro de Reeducação Feminino de Marabá (CRFM) inaugurado em 2016 e voltado para presas do sexo feminino em qualquer dos regimes de execução da pena e a internas submetidas à decisão judicial criminal restritiva de liberdade. Possui capacidade para 86 e está ocupado com 89 detentas, encontrando-se com excedente razoável de 3%.

Oferta 55 vagas para a educação, todas ocupadas. É oferecido ensino de alfabetização, fundamental e médio. Há local disponibilizado para o aprendizado e biblioteca, sendo garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. São desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Disponibiliza 13 vagas de trabalho interno remuneradas, todas ocupadas. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho; há avaliação e estímulo ao crescimento profissional que permita a qualificação ou diversificação do trabalho. Há oficina de trabalho, mas não há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho interno e externo.

Carceragem da Delegacia de Polícia de Parauapebas (CDPP) não há informações sobre a especificidade da unidade penal no Regimento Interno da SUSIPE. Possui capacidade para 90 e está ocupada com 151 detentos do sexo masculino no regime fechado, apresentando um excedente de 68%. Não disponibiliza vagas para educação. Quanto ao trabalho foi informado haver 3 presos com trabalho interno e remunerado, mas não dispõe de oficina de trabalho e nem parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho interno e externo.

4.7 6ª REGIÃO: TOCANTINS

Compreende os municípios de Abaetetuba, com 2 casas penais, Cametá e Mocajuba e são voltados para o sexo masculino. Os Centros de Recuperação Regionais destinam-se à custódia de presos do sexo masculino condenados à pena de reclusão em regime fechado e ao preso provisório. E a Central de Triagem se destina a custódia de presos provisórios condenados às penas de reclusão em regime fechado. Observa-se excedente em todas as casas penais. Onde se identificam homens trabalhando a jornada

de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho.

Centro de Recuperação Regional de Abaetetuba (CRRAB) possui capacidade para 120 e está ocupado com 355 detentos, sendo 315 no regime fechado e 40 no regime semiaberto, apresentando um excedente de 196%. Oferta 75 vagas para a alfabetização e ensino fundamental, estando 50 ocupadas. Há local disponibilizado para o aprendizado e é garantido o livre acesso à leitura a todos os presos, mas não há biblioteca. São desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Disponibiliza 40 vagas de trabalho, todas ocupadas, sendo 28 para atividade interna e 12 para atividade externa. Quanto à remuneração, foi informado 30 vagas, não sendo descrito se as 10 restantes são voluntárias. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho; há diferenciação entre os idosos e as pessoas com deficiência no exercício das atividades. Não há oficina de trabalho, mas há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho externo.

Central de Triagem de Abaetetuba (CTAB) possui capacidade para 30 detentos e está ocupada com 38 detentos, sendo 26 no regime fechado e 12 do no regime semiaberto, apresentando um excedente de 27%. Não disponibiliza vagas para educação e nem biblioteca. Quanto ao trabalho, informa haver 10 vagas remuneradas e ocupadas com o trabalho externo. Não há oficina de trabalho e nem parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho externo.

Centro de Recuperação Regional de Cametá (CRRCAM) possui capacidade para 64 detentos e está ocupado com 141 detentos, sendo 126 no regime fechado e 15 no no regime semiaberto, apresentando um excedente de 120%. Oferta 20 vagas para a alfabetização e ensino fundamental, estando 8 ocupadas. Há local disponibilizado para o aprendizado, mas o acesso à leitura é considerado insuficiente e não há biblioteca. Não são desenvolvidas atividades culturais, esportivas e de lazer. Disponibiliza 8 vagas, todas ocupadas, para o trabalho interno e remunerado. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho. Não há oficina de trabalho e nem parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho externo.

Centro de Recuperação Regional de Mocajuba (CRRMOC) possui capacidade para 64 e está ocupado com 143 detentos, sendo 121 no regime fechado e 22 no regime semiaberto, apresentando um excedente de 123%. Oferta 10 vagas para o ensino fundamental e ensino profissionalizante, todas ocupadas. Há biblioteca, local disponibilizado para o aprendizado e é garantido o acesso à leitura a todos os presos. Não são desenvolvidas atividades culturais e de lazer, mas há espaço e são desenvolvidas atividades esportivas. Disponibiliza 24 vagas, todas ocupadas e remuneradas, sendo 12 para o trabalho interno e 12 para o trabalho externo. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho. Não há oficina de trabalho, mas há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho externo.

4.8 7ª REGIÃO: BAIXO AMAZONAS

Compreende o município de Santarém, com 2 casas penais. Os Centros de Recuperação Regionais destinam-se à custódia de presos condenados à pena de reclusão em regime fechado e ao preso provisório. E a Central de Triagem se destina a custódia de presos provisórios condenados às penas de reclusão em regime fechado. Observa-se excedente nas casas penais. Onde se identificam homens trabalhando a jornada de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho.

Centro de Recuperação Silvio Hall de Moura de Santarém (CRASHM) é um estabelecimento voltado para presos de ambos os sexos, com capacidade para 360 e ocupado com 599 detentos, sendo 330 no regime fechado e 188 no semiaberto, do sexo masculino e 66 no regime fechado e 15 no semiaberto, do sexo feminino. Possui um excedente de 66%. Oferta 150 vagas para a alfabetização e ensino fundamental, com 145 ocupadas. Há biblioteca, mas o local disponibilizado para o aprendizado e o acesso à leitura são considerados insuficientes. São desenvolvidas atividades culturais e de lazer, mas não há espaço para atividades esportivas. Disponibiliza 91 vagas de trabalho para homens sendo 76 para o trabalho interno e 15 para o trabalho externo, sendo 30 remuneradas e 61 voluntárias; há ainda 16 vagas para mulheres, sendo 15 para o trabalho interno e 1 para o trabalho externo, sendo 2 remuneradas e 14 voluntárias. A oficina de trabalho é considerada insuficiente. Há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho externo.

Central de Triagem Masculina de Santarém (CTMS) é um estabelecimento voltado para presos do sexo masculino, com capacidade para 316 e ocupado com 404 apenados no regime fechado. Possui um excedente de 28%. Não disponibiliza vagas para educação e nem biblioteca. Disponibiliza 9 vagas para o trabalho interno, ocupadas e remuneradas. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho. Não há oficina de trabalho e nem parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho externo.

4.9 8ª REGIÃO: LAGO DE TUCURUÍ

Centro de Recuperação Regional de Tucuruí (CRRT) é um estabelecimento destinado à custódia de presos condenados à pena de reclusão em regime fechado e ao preso provisório, voltado para o sexo masculino. Possui capacidade para 120 e está ocupado com 396 detentos, sendo 337 no regime fechado e 59 no regime semiaberto, apresentando um excedente de 230%. Em 2015 o excedente já era de 206%. **Observa-se nesta casa penal o maior excedente registrado em 2016, de mais de 3 vezes a sua capacidade.**

Oferta 30 vagas para a alfabetização e educação fundamental, todas ocupadas. Não há local disponibilizado para o aprendizado e nem biblioteca, mas é garantido o livre acesso à leitura a todos os presos. Não são desenvolvidas atividades culturais e de

lazer, mas há atividades esportivas. Há 30 vagas de trabalho interno, ocupadas, não sendo informado se remuneradas. A jornada de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho; há diferenciação entre os idosos e as pessoas com deficiência no exercício das atividades. Não há oficina de trabalho e nem parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho interno.

4.10 9ª REGIÃO: RIO CAPIM

Compreende os municípios de Paragominas e Tomé-Açu e são estabelecimentos destinados à custódia de presos condenados à pena de reclusão em regime fechado e ao preso provisório, voltados para o sexo masculino. Onde se identificam homens trabalhando a jornada de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho.

Centro de Recuperação Regional de Paragominas (CRRPA) possui capacidade para 214 e está ocupado com 264 detentos, sendo 243 no regime fechado e 21 no regime semiaberto, apresentando um excedente de 23%. Oferta 40 vagas para a alfabetização e ensino fundamental, com 35 ocupadas. Há biblioteca e local para o aprendizado, com acesso à leitura a todos os presos. As atividades culturais e de lazer são consideradas insuficientes e não há espaço para atividades esportivas. Disponibiliza 57 vagas para o trabalho, sendo 45 internas e 12 externas, todas ocupadas e remuneradas. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho; há avaliação e estímulo ao crescimento profissional que permita a qualificação ou diversificação do trabalho; há diferenciação entre os idosos e as pessoas com deficiência no exercício das atividades. Não há oficina de trabalho, mas há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho externo.

Centro de Recuperação Regional de Tomé-Açu (CRRTA) possui capacidade para 58 e está ocupado com 138 presos, sendo 130 no regime fechado e 8 no semiaberto, apresentando um excedente de 138%. Não há assistência educacional, mas há biblioteca e local para o aprendizado, com acesso à leitura a todos os presos. Há atividades culturais, de lazer e esportivas. Disponibiliza 6 vagas para o trabalho, sendo 3 internas e 3 externas, todas ocupadas e remuneradas. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho; há avaliação e estímulo ao crescimento profissional que o permita a qualificação ou diversificação do trabalho; há diferenciação entre os idosos e as pessoas com deficiência no exercício das atividades. Não há oficina de trabalho, mas há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho externo.

4.11 10ª REGIÃO: XINGÚ

Compreende o município de Altamira, com 2 casas penais. O Centro de Recuperação Regional destina-se à custódia de presos condenados à pena de reclusão

em regime fechado e ao preso provisório. E a Central de Triagem se destina a custódia de presos provisórios condenados às penas de reclusão em regime fechado. Observa-se excedente nas casas penais. Onde se identificam homens trabalhando a jornada de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho.

Centro de Recuperação Regional de Altamira (CRRALT) é um estabelecimento voltado para presos do sexo masculino, com capacidade para 208 e ocupado com 340 presos, sendo 284 no regime fechado e 56 no semiaberto, apresentando um excedente de 63%. Oferta 20 vagas para a alfabetização e ensino profissionalizante, com 40 ocupadas, **observando-se um equívoco no preenchimento**. Não há biblioteca, mas há local adequado para o aprendizado, com acesso à leitura a todos os presos. Possui atividades culturais, de lazer e esportivas. Disponibiliza 65 vagas para o trabalho, sendo 45 internas e 20 externas, todas ocupadas, sendo 30 remuneradas, não tendo sido informado sobre as restantes. Há oficina de trabalho e parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho externo.

Central de Triagem de Altamira (CTALT) é um estabelecimento voltado para presos de ambos os sexos, com capacidade para 36 e ocupado com 110 apenas no regime fechado, sendo 95 do sexo masculino e 15 do sexo feminino, possuindo um excedente de 206%. Não há assistência educacional e nem biblioteca, mas é garantido o livre acesso à leitura aos presos. Não possui atividades culturais, de lazer e esportivas. Também não são ofertadas vagas para o trabalho.

4.12 11ª REGIÃO: MARAJÓ

Centro de Recuperação Regional de Breves (CRRB) é um estabelecimento voltado para presos do sexo masculino, com capacidade para 128 e ocupado com 312 presos no regime fechado, apresentando um excedente de 144%. Oferta 20 vagas para a alfabetização e ensino fundamental, todas ocupadas. Não há biblioteca, mas há local adequado para o aprendizado, com acesso à leitura a todos os presos. Não possui atividades culturais e de lazer mas possui atividades esportivas. Disponibiliza 7 vagas internas e ocupadas para o trabalho. A jornada de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho. Não há oficina de trabalho e nem parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho externo.

4.13 12ª REGIÃO: TAPAJÓS

Centro de Recuperação Regional de Itaituba (CRRI) é um estabelecimento voltado para presos de ambos os sexos, com capacidade para 196 e ocupado com 311 presos, sendo 275 no regime fechado e 34 no semiaberto do sexo masculino e

2 presas do sexo feminino no regime fechado, apresentando um excedente de 59%. Oferta 14 vagas para a alfabetização, ensino fundamental e médio, todas ocupadas. Há biblioteca e local adequado para o aprendizado, não sendo, contudo, garantido o acesso à leitura a todos os presos. São desenvolvidas atividades culturais, de lazer e esportivas. Disponibiliza 40 vagas para o trabalho, sendo 34 internas e 6 externas, todas ocupadas e remuneradas. A jornada de trabalho não excede a 44 h semanais e não foram relatados registro de acidentes de trabalho. Há avaliação das aptidões e capacidades do preso para sua alocação em determinado trabalho; há avaliação e estímulo ao crescimento profissional que o permita a qualificação ou diversificação do trabalho. Não há oficina de trabalho, mas há parcerias com entidades públicas ou privadas para oferecimento de trabalho externo.

5 CONCLUSÃO E ENCAMINHAMENTOS

No que tange à pesquisa documental, registra-se a melhor qualificação dos dados obtidos quanto aos relatórios enviados pelos membros do Ministério Público Estadual, observando-se que no ano de 2016 houve maior efetividade na entrega, tendo 100% dos estabelecimentos informado o relatório anual. Pode-se citar ainda a fidedignidade no preenchimento dos dados em 2016, contendo todas as informações necessárias para a análise da assistência educacional e trabalho. A efetividade e fidedignidade dos relatórios não foram observadas em 2015, o que invalidou a publicação dos dados à época.

Considerando, portanto, a pesquisa supra, pode-se afirmar que quanto ao direito do preso ser privado de sua liberdade em estabelecimento penal com lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, este direito não é atendido no Estado do Pará, que apresenta excesso de lotação em 40 das 44 casas penais, sendo que 3 delas apresentam percentual acima de 150% de excedente, culminando com o município de Tucuruí, que possui o maior excedente em termos percentuais, 230%. Este pode ser considerado o maior flagrante da incapacidade do Estado em gerir o sistema prisional. Quanto ao total das casas penais, o excedente da população carcerária é de mais de 60%.

No que tange à educação, quanto a obrigatoriedade de prover o estabelecimento penal com o ensino de 1º grau e o ensino profissional, observa-se que há vagas fornecidas pela SUSIPE em grande parte dos estabelecimentos, excetuando àqueles que possuem características de exclusiva transitoriedade ou perfil impróprio para o aprendizado seriado, como as Centrais de Triagem e Carceragens, onde nenhuma disponibiliza o acesso à educação; o Centro de Progressão Penitenciário de Belém, exclusivo para presos no regime semiaberto e ainda o Hospital Geral Penitenciário, destinado aos inimputáveis e semi-imputáveis.

Há ainda uma exceção, o PEM I, que apesar de ter a previsão de acesso à educação, devido a recentes rebeliões e a consequente destruição dos locais destinados ao ensino,

encontra-se desativado. Observa-se ainda que os Centros de Recuperação de Mosqueiro e Tomé-Açú e os Centros de Recuperação Penitenciária do Pará I e III, que deveriam permitir o acesso à educação, não ofertam. Registre-se ainda 2 estabelecimentos cujos dados não foram informados, devido à recente inauguração.

Assim, embora existente o acesso à educação, ao considerar os dados apresentados é possível afirmar que menos de 7% da população carcerária é beneficiária visto que, dos 13.638 internos custodiados pela SUSIPE, apenas 913 estudam, sendo 823 do sexo masculino e 90 do sexo feminino. Em 2015 foram registrados cerca de 15% educandos matriculados. Quanto à obrigatoriedade de possuir bibliotecas, das 44 unidades penitenciárias, 22 disponibilizam, 2 não possuem dados informados, 1 existe, mas é considerada insuficiente e os demais 19 estabelecimentos informaram não haver biblioteca. Em 2015, foram informadas 17 unidades com biblioteca.

No que tange a oferta de trabalho, obrigatória para o condenado à pena privativa de liberdade, quase 100% dos estabelecimentos disponibiliza vagas, à exceção das Centrais de Triagem da Cremação e de Altamira. Há ainda os 2 estabelecimentos cujos dados não foram informados, devido à recente inauguração. De acordo com os dados disponibilizados, é possível afirmar que 1.442 presos trabalham, sendo 1.389 do sexo masculino e 53 do sexo feminino, que representam pouco mais de 10% dos apenados custodiados pela SUSIPE. Dados coletados em 2015 informavam cerca de 15% de presos em atividade laborativa.

As atividades são desenvolvidas em grande parte internamente e de forma remunerada, como nas Centrais de Triagem. Alguns estabelecimentos disponibilizam além da atividade interna, voluntária, a atividade externa, remunerada, como o Centro de Progressão Penitenciário do Pará; o Centro de Reeducação Feminino e o Centro de Recuperação Silvio Hall de Moura. Apesar da obrigatoriedade de o trabalho ser sempre remunerado, fato verificado em grande parte das casas penais, há ainda a existência de atividades não remuneradas, exercidas de forma voluntária e identificada em 4 estabelecimentos, o que não é permitido em lei, como já exposto. Acredita-se que este número pode ser maior, visto ter sido identificado que 7 estabelecimentos deixaram de preencher o item descritivo, sobre trabalho remunerado ou voluntário. Registra-se novamente as 2 casas penais que não apresentaram seus dados.

Quanto à remuneração percebida, não fez parte do escopo da pesquisa, contudo, Bitar e Rodrigues (2016) identificaram que há percepção de valores abaixo de 3/4 do salário mínimo, base legal prevista na LEP. Em relação à jornada de trabalho foi apontado que não excedem às 8 h permitidas em lei.

Em relação a existência de oficinas de trabalho 08 casas penais possuem, como o Centro de Reeducação Feminino e o PEM I, PEM II, CRPP II, CRAMA, CRFM, CRRALT, CRRSAL, além do CRAMA, CRASHM e CRRCAP, que também possuem, porém, são consideradas insuficiente. Já as parcerias com entidades públicas ou privadas, podem ser observadas em 15 estabelecimentos, como a Central de Triagem

da Marambaia, o Centro de Recuperação do Coqueiro, o CPPB, CRF, CRRB, CRRCAP, CRAMA, CTMM, CRRAB, CRRMOC, CRASHM, CRRPA, CRRTA, CRRALT e o CRRJ.

Em análise aos presentes dados, portanto, fomenta-se o necessário cumprimento pelo Estado do regramento apresentado, no que tange ao respeito a capacidade de lotação da casa penal e do necessário acesso ao estudo e trabalho. Salutar observar que o interesse principal do preso em participar de atividades educacionais e de trabalho é afim de integrar o instituto da remição, obtendo por meio destes a abreviação de sua pena.

Quanto à revisão do modelo de execução penal vigente, é amplamente debatida por Bitar e Rodrigues⁹ (2015), ao identificarem que o aprisionamento pelo cerceamento da liberdade não atende algumas das funções básicas da SUSIPE, que é promover a reeducação do condenado e do internado, com vistas à sua recuperação social e a sua capacitação profissional. Observa-se no modelo praticado, muito mais um depósito de pessoas ociosas, sem a ocupação com o aprimoramento educacional, cultural e ainda o necessário labor do trabalho.

O enfrentamento da situação relatada perpassa necessariamente pelo aumento de decisões judiciais de cumprimento de medidas alternativas em crimes praticados sem violência ou grave ameaça, além do aumento de vagas de estudo e capacitação para o trabalho a partir de criação de oficinas de trabalho dentro das casas penais e o estímulo de convênios e parcerias com o setor público e o privado.

Corroborando o escopo dos dados ora apresentados, está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) n. 513/2013, para a revisão e atualização da LEP, tendo como foco principal de enfrentamento a superlotação dos presídios brasileiros, considerado fundamental para garantir os direitos humanos da pessoa presa, como já extensamente explanado no presente texto.

ABSTRACT: A descriptive analysis of the penitentiary system status in the state of Pará with focus on developing skills, occupancy, overcrowding, educational and employment assistance offer, related to the rules of Lei de Execução Penal – LEP (Law of Criminal Enforcement), according to the data recorded in 2016. It was used dialectical as an approach method, besides that, and bibliographical and documentary research as a procedure method. It's been observed that overcrowd of the prison population in 2016 is larger than 60% of the total incarceration capacity in prison states, which is larger than in 2015. In conclusion, this study demonstrates the relevance of fast taking action when facing the problem reported, including the LEP review through the approval of the Projeto de Lei (Legislative bill) n. 513/2013, that reinforces Conselho Nacional de Justiça – CNJ (National Justice Council) actions to end prison overcrowding.

⁹ BITAR, Marilze Ribeiro; RODRIGUES, Alexandre Manuel Lopes. **Análise do Modelo de Execução Penal Vigente e sua Urgente Revisão Indicada Pela Doutrina.** Revista do Ministério Público do Estado do Pará, Belém, v. 8, n. 8, p. 207-227. 2015.

KEYWORDS: Human Rights. Criminal Enforcement. Criminal Stablishment. Capacity. Occupation. Education. Work.

REFERÊNCIAS

BITAR, Marilze Ribeiro; RODRIGUES, Alexandre Manuel Lopes. **Análise do Modelo de Execução Penal Vigente e sua Urgente Revisão Indicada Pela Doutrina.** Revista do Ministério Público do Estado do Pará, Belém, v. 8, n. 8, p. 207-227. 2015.

BITAR, Marilze Ribeiro; RODRIGUES, Alexandre Manuel Lopes. **O Respeito aos Direitos do Apenado, em Relação ao Trabalho e à Educação, no Estado do Pará: Estudo de Caso Realizado no Presídio Estadual Metropolitano II (PEM II).** Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, Maringá, v. 16, n. 1, p. 73-99, jan/abr. 2016.

BRASIL. **Código Penal.** Vade Mecun Saraiva. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Vade Mecun Saraiva. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Vade Mecun Saraiva. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei de Execução Penal.** Vade Mecun Saraiva. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal simplificado.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CNJ. **Revisão da LEP.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80826-revisao-da-lep-reforca-acoes-do-cnj-para-o-fim-da-superlotacao-nos-presidios>>. Acesso em 04.06.2016.

IPEA. **Governança Metropolitana no Brasil.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/redeipea/images/pdfs/governanca_metropolitana/rel_1_1_rm_belem.pdf>. Acesso em 04.06.2016.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013a.

MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal anotada**. 4. ed. ref. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013b.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. **Sistema de Inspeção Prisional do Ministério Público – SIP – MP**, relatório previsto na Resolução 056/2010-CNMP. Modelo anual. Disponível em: < <http://smpmp.cnmp.mp.br/login.seam?cid=1393447>>. Acesso em 18.04.2015 e 24.06.2016.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n. 513/2013**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115665>>. Acesso em 04.06.2016.

SUSIPE. **SUSIPE em números**: janeiro de 2015 e março de 2016. Disponível em: <<http://www.susipe.pa.gov.br/content/susipe-em-n%C3%B3meros>>. Acesso em: 11.03.2015 e 04.06.2016.

SUSIPE. **Quadro demonstrativo do Governo do Estado do Pará, Superintendência do Sistema Penitenciário** – fevereiro de 2015 e março de 2016. [mensagem pessoal]. Arquivo recebido por <MSN_NewsletterBR@hotmail.com> em 02.02.2015 e 31.03.2016.

SUSIPE. **Regimento Interno da SUSIPE**. Disponível em: <http://www.susipe.pa.gov.br/sites/default/files/Regimento%20Interno%20SUSIPE_0.pdf>. Acesso em 04.06.2016.

DEMOCRACIA, CIDADANIA E ÉTICA

PAULO MAURICIO SALES CARDOSO¹

RESUMO: A democracia, a cidadania e a ética são institutos basilares para o desenvolvimento e a manutenção de um Estado Democrático e Social de Direito. E para o cumprimento das promessas constitucionais de uma sociedade livre, justa e solidária.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DEMOCRACIA. 3 CIDADANIA. 4 ÉTICA. 5 REFLEXÕES SOBRE A SOCIEDADE MODERNA. 6. DEMOCRACIA, CIDADANIA E ÉTICA NO BRASIL ATUAL. 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Cidadania. Ética. Participação política. Comportamento íntegro. Justiça social.

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem como objetivo instigar a discussão sobre o tema DEMOCRACIA, ÉTICA E CIDADANIA, de relevância para o desenvolvimento de uma cultura consciente e reflexiva, a partir da análise do contexto social atualmente vivenciado.

Nesse sentido, inicialmente urge abordar a evolução história dos institutos sob exame, com ênfase à discussão sobre o momento atual vivenciado pelos estados democráticos.

Ao final, procede-se a uma reflexão sobre o estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira acerca do tema.

2 DEMOCRACIA

A *democracia* é um instituto jurídico político complexo, de múltiplas facetas e diferentes significados, todos eles, entretanto, relacionados ao exercício do poder pelo povo.

Nesse sentido, ALARCÓN *in* DIMOULIS (2012: p. 173), conceitua *democracia* como um “Regime político caracterizado pelo exercício do poder sobre a base da efetiva

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado do Pará. Professor Adjunto da Universidade da Amazônia.

participação do povo soberano nas decisões do Estado, sempre à procura da realização de valores de convivência humana como a igualdade, a liberdade, a justiça e a dignidade das pessoas”. E prossegue afirmando que o exame do termo implica no acompanhamento de uma progressão histórica que se inicia com a *democracia* grega.

Pois bem. Na antiguidade clássica, Aristóteles e Platão teorizam sobre as formas de governos, entre elas a *democracia*, aduzindo suas boas e más qualidades.

ARISTÓTELES (1928) entende a *democracia* como uma degeneração da república. Ao discorrer sobre as diversas formas de governo afirma que não cabe simplesmente entender a democracia como o governo em que a maioria do povo detém o poder, mas aquele no qual os homens livres governam.

PLATÃO (2001: p. 254-255) também analisa criticamente a *democracia*, aduzindo que esta degenera-se facilmente em demagogia e tirania. Em forma de diálogo, ensina ser ela a forma de governo onde “se encontram homens de espécies mais variadas”, sendo assim “capaz de ser a mais bela das constituições [...] como um manto de muitas cores, matizado com toda a espécie de tonalidades”. Adverte, entretanto, que a “ausência de qualquer espécie de exigência, em ninharias, e desprezo por princípios que enumeramos, com veneração, quando construímos a cidade, como aquele segundo o qual, a não ser que se tivesse uma natureza extraordinária, nunca uma pessoa poderia tornar-se um homem de bem, se logo, desde a infância, não brincasse no meio de coisas belas e não se dedicasse a todas as atividades dessa qualidade”. E conclui: “-Estas e outras gêmeas destas, são as vantagens da democracia; é, ao que parece, uma forma de governo aprazível, anárquica, variegada, e que reparte a sua igualdade do mesmo modo pelo que é igual e pelo que é desigual”.

Destarte, a noção clássica de *democracia*, se baseia no exercício do governo pelo povo (os cidadãos) e reconhece a fragilidade do modelo pelo risco concreto do exercício do poder por quem não está preparado para tal mister.

Com o florescer da idade moderna, a discussão sobre a *democracia* enquanto forma de governo é retomada.

ROUSSEAU (2001: p. 72), defende o governo do povo como alternativa de solução para os males do absolutismo, mas adverte que “não há governo tão sujeito às guerras civis e às agitações intestinas como o democrático, ou popular, porque não há outro que atire tão forte e incessantemente a mudar de forma, nem que requeira mais vigilância e coragem para se manter na sua. É sobretudo nessa constituição que se deve o cidadão armar de forma e constância, e dizer a cada dia, no íntimo d’alma, o que dizia um virtuoso palatino na dieta de Polônia: *Malo periculosam Libertatem quam quietum servitium*². Se houvesse um povo de deuses, seria governado democraticamente, mas aos homens não convém tão perfeito governo”.

² Prefiro a perigosa liberdade à calma servidão.

TOCQUEVILLE (2006), discorrendo sobre a então jovem *democracia* norte americana, indaga inicialmente como se pode dizer de forma convicta que nos Estados Unidos é o povo quem governa. E responde que na América do Norte, é o próprio povo quem faz a lei e a executa; ele mesmo é o júri que pune as violações da lei. As instituições não são democráticas apenas no nascedouro, mas durante todo o seu desenvolvimento. Assim, o povo nomeia diretamente os seus representantes, escolhendo-os em geral a cada ano, a fim de tê-los completamente sob seu controle. É, portanto, realmente o povo quem dirige e, embora a forma de governo seja representativa, é evidente que as opiniões, os preconceitos, os interesses e as paixões das pessoas não podem encontrar obstáculos duradouros que impeçam o atendimento às demandas cotidianas da sociedade. Nos Estados Unidos, como nos países em que a vontade soberana do povo prevalece, é a maioria que governa em nome de todos. Esta maioria é composta principalmente de cidadãos pacíficos que, seja por opção ou por interesse, desejam sinceramente o bem do país. Em torno deles se agitam sem cessar os partidos, tentando atraí-los e obter o seu apoio³.

No contexto da Idade Moderna, portanto, à noção clássica da democracia como governo do povo se agrega a soberania popular, o exercício do poder em nome do povo, em defesa dos interesses da sociedade. A garantia contra a deturpação do sistema advém da partição do poder, em funções distintas: legislativa, executiva e judiciária. A liberdade estaria assegurada pela legalidade, proveniente das leis votadas pelos representantes do povo.

Nesse período surge a nação brasileira, regulada pela Constituição Imperial de 1824. Entre os juristas da época, vale destacar JOSÉ DE ALENCAR (1868) que, ao discorrer sobre *democracia*, aborda o modo de funcionamento dela na ágora de Atenas e no *forum* de Roma, para defender a legitimidade do sistema representativo⁴. E lança sua crítica à *democracia* constitucional então vigente, considerando-a uma mera delegação de poderes, uma parte do país exercendo o despotismo sobre a outra⁵.

³ In America the people appoints the legislative and the executive power, and furnishes the jurors who punish all offences against the laws. The American institutions are democratic, not only in their principle but in all their consequences; and the people elects its representatives directly, and for the most part annually, in order to ensure their dependence. The people is therefore the real directing power; and although the form of government is representative, it is evident that the opinions, the prejudices, the interests, and even the passions of the community are hindered by no durable obstacles from exercising a perpetual influence on society. In the United States the majority governs in the name of the people, as is the case in all the countries in which the people is supreme. The majority is principally composed of peaceful citizens who, either by inclination or by interest, are sincerely desirous of the welfare of their country. But they are surrounded by the incessant agitation of parties, which attempt to again their co-operation and to avail themselves of their support. (Ob. cit.: p. 303-304)

⁴ “E’ essencial á legitimidade dessa instituição que ella concentre todo o paiz no parlamento, sem exclusão de uma fracção qualquer da opinião publica. Na representação, como no comicio do qual ella deve ser a copia fiel, cumpre que todas as convicções tenham voz; todos os elementos sociaes um órgão para defender suas idéas.” (Ob. cit.: p. 37)

⁵ “O que actualmente existe realizado nos paizes constitucionaes, não é representação, porém méra delegação. Uma parte do paiz exerce o despotismo sobre a outra; e como pela sua natureza multipla e pela vastidão da superficie, esse tyranno conectivo não póde estar sempre unido e

Proclamada a república em 1889 e mantido o modelo de *democracia* representativa, ASSIS BRASIL (1893) o defende, mas ressalta a responsabilidade da maioria, cujos integrantes devem “representar” a sociedade como um todo, evitar o escândalo, respeitar a opinião pública e preocupar-se com a conservação da própria existência; e conclui que não há superioridade numérica que resista à evidência, exceto quando o povo não é suficientemente civilizado⁶.

Os problemas de representatividade democrática se agravam e são determinantes para a desestabilização política que predomina na primeira metade do século XX e leva o mundo a duas guerras mundiais. Com a derrocada do nazismo, entretanto, emerge uma nova *democracia*, na busca de uma legitimidade social que afaste o risco da degeneração do regime - já referido por Aristóteles e Platão - em governos cerceadores dos ideais fundantes do modelo democrático.

Na doutrina estrangeira, BOBBIO (1985) destaca a crise do modelo democrático e afirma que recorrer à força é o meio tradicional e mais eficaz de resolver os conflitos sociais. E não basta regulá-lo para limita-lo ou ao menos para elimina-lo. Um dos maiores problemas de qualquer convivência civil é o de criar instituições que permitam resolver os conflitos, se não todos os conflitos que podem surgir em uma sociedade, ao menos a maior parte, sem que seja necessário recorrer à força, senão à força legítima, porque exercida pelo soberano, e legal, porquanto exercida no âmbito das leis vigentes. O conjunto das instituições que tornam possível as soluções dos conflitos sem recorrer à força constituem mais que um estado de direito, um estado democrático, o que equivale a dizer um estado em que vigora a regra fundamental de que em cada conflito o vencedor não é aquele que tem mais força física, senão o que detém maior força persuasiva, ou seja, aquele cuja força de persuasão conseguir conquistar a maioria dos votos. Utilizando uma linguagem funcionalista se pode dizer que o método democrático é o substituto funcional do uso da

activo, commette á alguns individuos de seu seio a gerencia da cousa publica, a cargo algumas vezes de muita vilania e torpeza” (*Oh. cit.*: p. 37)

⁶ “Tambem a maioria não tem essa absoluta liberdade de resolver que espiritos superficiaes lhe attribuem. Ella, em primeiro lugar, tem de accomodar os seus actos a leis, como acima observei. Depois, ella tem de evitar o escandalo, tem de respeitar a opinião publica e de preocupar-se com a conservação da propria existencia. Assim é que a maioria, que decide e que aos olhos do vulgo parece não ter que consultar senão a propria vontade, nem sempre *poderá querer* o que lhe convém. O partido mais poderoso em numero, e mesmo em legitima influencia, terá de render-se diante da evidencia. Na provincia de que sou filho, o mais influente dos chefes politicos, cercado na legislatura de quasi unanimidade, sustentava que se devia conceder garantia de juros a certo trecho de estrada de ferro, já garantida pelo thesouro nacional, e allegava que a companhia constructora se dizia impotente para a obra, sem esse augmento de auxilio pelo cofre provincial. Um deputado sem sequito, que rebatia essa opiniao, telegraphou para a capital do paiz, ao ministro das obras publicas, perguntando se a companhia dispensava a ajuda da provincia. O ministro respondeu affirmativamente. A simples exhibição d’esse despacho telegraphico desarmou o poderoso e eloquente chefe e deu victoria ao seu modesto contendor. Não ha superioridade numerica que resista á evidencia, salvo quando não se tratar de povo sequer medianamente civilisado.” (*Oh. cit.*: p. 51-53)

força para a solução dos conflitos sociais. Um substituto não exclusivo, mas do qual não se pode desconhecer a enorme importância para reduzir o âmbito do puro domínio: o debate em vez do enfrentamento físico, e depois do debate o voto ao invés de eliminar fisicamente o adversário⁷.

SANTOS (2002) defende a democratização da *democracia*, trilhando os caminhos da participação – *democracia* participativa. Propõe o fortalecimento da demodiversidade (o reconhecimento de que não existe nenhum motivo para a democracia assumir uma só forma), o fortalecimento da articulação contra hegemônica entre o local e o global (os estados em que a *democracia* é frágil precisam do apoio de atores democráticos transnacionais) e a ampliação do experimentalismo democrático (novas experiências bem sucedidas originárias de novas gramáticas sociais nas quais o formato de participação foi sendo adquirido experimentalmente).

ZAGREBELSKY (2011: item 23) ao discorrer sobre a por ele defendida *democracia* crítica, após demonstrar o dogma e o realismo cético como deturpações da democracia, afirma que esta “nunca será um regime arrogante, seguro de si, que recusa as autocríticas e olha apenas para a frente, tendo sempre em vista a finalidade e esquecendo suas raízes [...] é um regime inquieto, circunspeto, desconfiada de si mesma, sempre pronta a reconhecer os próprios erros, e colocar-se em jogo, a recomeçar desde o início”. E conclui que “somente a democracia crítica é compatível com a liberdade, justamente porque não se atém a nenhuma lei da necessidade. Somente a democracia crítica não degrada a democracia a um instrumento; um instrumento que vale até quando for eficaz para o fim que lhe foi determinado. A decisão popular não tem nada de previamente constituído fora de si, a que deva estar sujeita. Na democracia crítica, a democracia é função de si mesma. Já que propõe os seus fins sempre a si mesma, ela é ao mesmo tempo meio e fim. E, sendo simultaneamente meio e fim, a democracia crítica não pode criar para si mesma uma contradição da qual

⁷ Recurrir a la fuerza es el medio tradicional y más eficaz (tradicional precisamente por su gran eficacia) de resolver los conflictos sociales. Y no basta regularlo para limitarlo y aún menos para eliminarlo. Uno de los mayores problemas de cualquier convivencia civil es el de crear instituciones que permitan resolver los conflictos, si no todos los conflictos que puedan surgir en una sociedad, al menos la mayor parte, sin que sea necesario recurrir a la fuerza, más bien a la fuerza legítima, porque es la ejercida por el soberano, y legal, porque es ejercida en el ámbito de las leyes que la regulan. El conjunto de las instituciones que hacen posible la solución de los conflictos sin recurrir a la fuerza constituyen, además del estado de derecho, el estado democrático, lo que equivale a decir el estado en el que está vigente la regla fundamental de que en cada conflicto el vencedor no es ya quien tiene más fuerza física sino más fuerza persuasiva, o sea, aquel que con la fuerza de persuasión (o de la hábil propaganda o incluso de la fraudulenta manipulación) ha logrado conquistar la mayoría de votos. Utilizando un lenguaje funcionalístico se puede decir que el método democrático es el sustituto funcional del uso de la fuerza para la solución de los conflictos sociales. Un substituto no exclusivo, pero del que no se puede desconocer su enorme importancia para reducir el ámbito del puro dominio: el debate en vez del enfrentamiento físico, y después del debate el voto en vez de eliminar físicamente al adversario. (1985: p. 12)

para sair seja necessário salvaguardar os fins, renunciando à democracia como meio, ou salvaguardar a democracia como meio, renunciando aos fins”.

Na doutrina brasileira, OLIVEIRA *in* CONOTILHO E OUTROS (2013: p. 304-306), ao comentar o parágrafo único do art. 1º da Carta Republicana de 1988, explica que, na atualidade, a *democracia* é direcionada a “uma sociedade plural e descentrada, preocupada com a garantia, as condições e a institucionalização do exercício dos direitos fundamentais, individuais, sociais, coletivos e difusos”; que “o desafio da democracia pressupõe considerar uma sociedade hipermoderna que se caracteriza por uma crescente diferenciação entre os vários subsistemas sociais e por uma acentuada autonomização de antigas esferas normativas, tais como as da moralidade, da eticidade e da religião [...]”. Adiante, afirma que o “princípio da democracia constitucional garante-se, entre outros: a) pelo reconhecimento do direito fundamental de dizer *não* pelo respeito aos direitos políticos das minorias; b) por meio das diversas formas de participação e de representação políticas dos vários pontos de vista ideológicos presentes na sociedade, nos processos legislativos de produção das leis e das demais decisões jurídico-políticas; c) pelos mecanismos participativos e representativos de fiscalização do governo; d) por meio de direitos processuais de participação nas diversas deliberações coletivas e sociais; e) pelo reconhecimento das identidades coletivas sociais e culturais; f) por ações afirmativas que visam à inclusão social e cultural”. E adverte que “não basta uma política de tolerância e reconhecimento das diferentes identidades coletivas e das diversas minorias sociais, econômicas e culturais [...] o Estado Democrático de Direito deve combater todas as formas de violência física e/ou psicológica, de intolerância, de terrorismo, de preconceito e de discriminação social, econômica, religiosa, de gênero, racial, de cor, de procedência, de orientação sexual, de idade, entre outras [...] não pode cercar as liberdades públicas e privadas, nem calar os dissidentes políticos [...]”.

Pois bem. Na atualidade, a *democracia* se funda também na supremacia da Constituição, pois a simples legalidade não oferece a garantia necessária para a manutenção do sistema. A Constituição suprema, rígida, oferece ao Estado democrático os elementos de convicção e de força de que precisa – quando e se necessário – para se defender dos excessos autoritários, ainda que provenientes da maioria da sociedade. Ainda assim, é válido destacar a advertência de TILLY (2013: p. 13): “A democratização é um processo dinâmico que sempre permanece incompleto e que sempre corre o risco de ser revertido – de ser convertido em desdemocratização”.

3 CIDADANIA

A *cidadania* é conceituada por ALARCÓN (*ob. cit.*: p. 89-90) como “o termo” que “designa a situação ou condição do indivíduo vinculado juridicamente à vida do Estado e que participa da direção da sociedade política. Atualmente [...] indica um conjunto de práticas que outorgam ao indivíduo a qualidade de componente ativo da sociedade”. Historicamente, prossegue, o termo é “derivado do latim *civis* – *civitas* (homem livre –

cidade) e *activas civitatis* (ação do homem livre na cidade e no Estado), que originariamente designa a situação ou condição do indivíduo ligado ao regime político, consubstanciada na qualidade de vincular-se juridicamente à vida do Estado desde o momento da sua constituição e participar da direção da sociedade política.

Com efeito, no pensamento greco-romano clássico, *cidadania* designa os direitos dos cidadãos, habitantes das cidades que participam ativamente da formação da vontade política da sociedade.

Na Idade Moderna, prossegue ALARCÓN (*ob. cit.*: p. 90), sem perder “seu núcleo conceitual inicial, emanado da ideia de participação dos homens livres no governo da *polis* grega e da *civitas* romana, registra-se uma importante evolução, que encontra momentos importantes no século XVIII, quando a Revolução dos Estados Unidos e a Revolução Francesa tiveram como apogeu a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*”.

É nesse contexto que emerge a *cidadania* brasileira. Com efeito, com a declaração da independência, em 1822, surge o Brasil independente, porém, a herança do período colonial, um Estado absolutista e escravocrata, gera uma população passiva e sem um sentimento forte de nacionalidade, com o Poder Público e a economia concentrados nas mãos de poucos, que detém os direitos civis e políticos.

O sistema então vigente, afirma PIMENTA BUENO (1857) ao comentar a Constituição Imperial, reconhece a existência da cidadania simples e da ativa. A primeira direcionada ao membro da sociedade civil e nacional, senhor de direitos e obrigações em relação ao Estado; a segunda, que, além de reconhecer a qualidade de nacional, confere ao brasileiro a prerrogativa de membro da ordem ou sociedade política, cujos direitos e modo de goza-los constitui e coordena.

E assim o é. A Constituição Imperial permite o voto censitário (com restrições de renda), à massa dos cidadãos ativos em assembleias paroquiais (eleitores do 1º grau), que fazem a escolha dos eleitores de 2º grau, cabendo a estes eleger os deputados. Uma cidadania meramente formal.

Ao discorrer sobre as eleições no Brasil, NICOLAU (2012: p. 20) afirma que os registros quantitativos das eleições tiveram início pelos idos de 1870. O documento mais antigo “é um relatório do Ministério do Interior (1870) que estimou em 942 mil o número de votantes do país (excluindo a província de Mato Grosso, para a qual não havia dados). Uma série de relatórios foi apresentada a partir dos dados coletados pelo primeiro recenseamento populacional do país, realizado entre 1872 e 1874. O relatório de 1875 estimou em 1,1 milhão o número de votantes, valor que correspondia a cerca de 11% da população total e 13% da população livre”.

Uma reforma eleitoral, em 1881, modifica o sistema de alistamento eleitoral, introduz o voto direto, mas mantém a exigência de renda. O resultado foi devastador, na

eleição parlamentar de 1881 em torno de 142.000 (cento e quarenta e dois mil) eleitores se inscrevem, correspondente a 1% (um por cento) na população total⁸.

Com a República, o voto censitário é abolido, substituído pelo voto universal. A *cidadania* ativa continua não reconhecida às mulheres e vedada aos mendigos, analfabetos, *praças de pret* e religiosos, na forma do art. 70 da Constituição de 1891. Na prática, a mudança não é significativa. NICOLAU (2012: p. 37) afirma que, em 1905, no primeiro alistamento realizado pelas novas regras (Lei Rosa e Silva, de 1904), apenas 791.000 (setecentos e noventa e um mil) eleitores se cadastram, em torno de 4% (quatro por cento) da população total, índice esse que, sete anos depois, não passa de 5% (cinco por cento) da população, 1.300.000 (um milhão e trezentos mil) eleitores. Sobre o resultado das eleições presidenciais, após destacar a inexistência de dados detalhados, aponta que o índice “total de comparecimento sobre a população foi: 1914 (5%); 1918 (1,5%); 1919 (1,5%); 1922 (4%); 1926 (2%); 1930 (5%)”.

Sobre o tema, BARBALHO (1924: p. 386), comentando a Constituição de 1891, afirma as qualidades do cidadão brasileiro e conclui pela existência de “distinção de simples cidadão e de cidadão com direito ao voto nas eleições políticas ou *cidadão ativo* (denominação consagrada em nosso direito publico para exprimir a diferença entre esta e simples qualidade de *nacional* do Brazil, de brasileiro, nato ou nacionalisado, independentemente de sua capacidade política)”.

O Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, institui o Código Eleitoral e confere direitos políticos às mulheres brasileiras, nos exatos termos do art. 2º: “É eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste código”. Em 1934, os direitos políticos confiados às mulheres são agasalhados na *Lex Mater*, com o voto tornando-se obrigatório àquelas exercentes de função pública remunerada. Em 1937,

⁸ Em 1881, a Lei Saraiva implementou duas mudanças no processo de alistamento de eleitores. A primeira foi transferir a responsabilidade por realiza-lo das juntas paroquiais para o Judiciário (juízes municipais e juízes de comarca) [...]. A segunda mudança foi a substituição do processo de alistamento automático [...] pelo alistamento individual. Os eleitores aptos deveriam reunir os documentos exigidos e apresentá-los ao juiz municipal. Este mandava a documentação para o juiz da comarca, responsável por fazer a checagem final. Após a qualificação, os eleitores recebiam o título. Além de estabelecer as novas regras de alistamento, a Lei Saraiva acabou com o voto indireto. Como o censo econômico (200 mil-réis) não foi alterado, a expectativa era de que o número de alistados não sofresse alterações significativas. Mas, após o primeiro cadastramento de eleitores, realizado logo depois da promulgação da nova lei, o número de inscritos despencou: apenas 142 mil eleitores inscreveram-se para votar nas eleições de 1881, o que correspondia a cerca de 1% da população do país [...] Como não houve alteração do censo econômico, nem qualquer exigência de que os eleitores fossem alfabetizados, a explicação mais plausível reside no novo processo de alistamento. A exigência de que o cidadão tomasse a iniciativa de se cadastrar – em contraste com o antigo sistema no qual cabia a uma junta realizar o alistamento – e a necessidade de apresentação de documentação que comprovasse a renda foram, provavelmente, determinantes para a redução do número de eleitores. (NICOLAU: *ob. cit.*, p. 21)

entretanto, o Brasil mergulha em um regime de exceção, cerceador das liberdades políticas, não tendo havido, assim, nenhum efeito prático a *cidadania* ativa estendida às mulheres.

Com a queda do Estado Novo de Vargas e a redemocratização que se segue, a já clássica dicotomia *cidadania* simples e ativa prevalece. Entretanto, o voto feminino, reconhecido formalmente em 1932, se torna uma realidade e o índice de participação do eleitorado aumenta. NICOLAU (2012) registra que, entre maio e novembro de 1945, se cadastram 6.170.000 (seis milhões e cento e setenta mil) eleitores, cerca de 13% (treze por cento) da população total, mesmo nível do cadastramento realizado em 1875. E mais. A doutrina especializada passa a discorrer sobre uma maior participação da *cidadania* na formação da vontade política estatal.

Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA (1947) lança sua crítica contra o modelo de democracia meramente participativa então vigente, sem instrumentos de participação direta da cidadania na formação da vontade política do Estado⁹.

CARVALHO (2002: p. 127-128) destaca os avanços sociais ocorridos no período, capitaneados por uma política populista e nacionalista, com forte influência de Getúlio Vargas¹⁰.

Nova ruptura institucional obscurece a *cidadania* brasileira em 1964, a qual ressurgiu renovada com a Constituição de 1988, a Constituição Cidadã. O termo *cidadania*, embora ainda fortemente atrelado ao exercício dos direitos políticos pelos cidadãos, passa a

⁹ Antes, ao tempo de se formar a Assembléia Constituinte de 1946, foi o instrumento do Povo anterior e acima da Constituição, porque ele a quis e compôs. A Constituição de 1946 fez adormecer o Povo como Povo, isto é, quem fala por si ou por seu instrumento, que é o eleitor. Só lhe deixou, por meio do instrumento, representar-se em outros (Presidente da República, Deputados, Senadores, Vereadores), ou representar-se em outros através dos representantes que lhe dessem os seus instrumentos (Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal de Contas, Agentes Diplomáticos, etc.). Nem iniciativa popular, nem referendo, nem recall; quer dizer: nunca falaria por seu instrumento; mas pelos representantes que lhe escolhessem os seus instrumentos. Já era, disse-se, representação de segundo grau. (Ob. cit.: p. 122)

¹⁰ A Constituição de 1946 manteve as conquistas sociais do período anterior e garantiu os tradicionais direitos civis e políticos. Até 1964, houve liberdade de imprensa e de organização política. Apesar de tentativas de golpes militares, houve eleições regulares para presidente da República, senadores, deputados federais, governadores, deputados estaduais, prefeitos e vereadores. Vários partidos políticos nacionais foram organizados e funcionaram livremente dentro e fora do Congresso, a exceção do Partido Comunista, que teve seu registro cassado em 1947. Uma das poucas restrições sérias ao exercício da liberdade referia-se ao direito de greve. Greves só eram legais se autorizadas pela justiça do trabalho. Essa exigência, embora conflitante com a Constituição, sobreviveu até 1964, quando foi aprovada a primeira lei de greve, já no governo militar. O que não impediu que várias greves tenham sido feitas ao arrepio da lei.

A influência de Vargas marcou todo o período [...] Seu segundo governo foi marcado por radicalização populista e nacionalista [...] O ministro do Trabalho, João Goulart, agia em acordo com os dirigentes sindicais, pelegos ou não. Pelo lado nacionalista, destacou-se a luta pelo monopólio estatal da exploração e refino do petróleo, corporificada na criação da Petrobras, em 1953. A política populista e nacionalista contava com o apoio dos trabalhadores e de sua máquina sindical, dos setores nacionalistas das forças armadas, sobretudo do Exército, dos setores nacionalistas do empresariado e da intelectualidade, e do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) [...] (Ob. cit.: p. 127-128)

incorporar uma série de valores sociais determinantes para um convívio harmônico das pessoas em sociedade. A reconquista dos direitos políticos plenos, o reconhecimento e a ampliação dos direitos civis e sociais, o fortalecimento do Poder Judiciário e da rede de defesa e proteção da sociedade, formada pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, são características marcantes da Carta Política então implantada.

ALÁRCON (*ob. cit.*: p. 90) fala de uma *ciudadania* que, “além de mera condição formal [...] está atrelada à dignidade da pessoa humana para indicar um conjunto de práticas que outorgam ao indivíduo a qualidade de componente ativo da sociedade a qual pertence, tendo acesso sem discriminações aos recursos elementares para o exercício de direitos e obrigações”. E pontua o relacionamento dela com outros conceitos da Teoria Política¹¹.

COMPARATO (1993: versão eletrônica) afirma a existência de uma nova cidadania, a qual “consiste em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social: é a ideia de participação”. E conclui que esta deve instaurar-se em cinco níveis: “a) na distribuição de bens, materiais e imateriais, indispensáveis a uma existência socialmente digna; b) na proteção dos interesses difusos ou transindividuais; c) no controle o poder político; d) na administração da coisa pública; e) na proteção dos interesses transnacionais”.

MAGALHÃES, *in* BONAVIDES E OUTROS (2009: p. 19), discorre sobre uma *ciudadania* que, no seu “conceito contemporâneo [...] se estendeu em direção a uma perspectiva sistêmica na qual cidadão não é apenas aquele que vota, mas aquela pessoa que tem meios para exercer o voto de forma consciente e participativa. Portanto, cidadania é a condição de acesso aos direitos sociais (educação, saúde, segurança, previdência) e econômicos (salário justo, emprego) que permite que o cidadão possa desenvolver

¹¹ Destarte, a análise da cidadania permite detectar seu relacionamento com outros conceitos da Teoria Política: a) *relação cidadania-democracia*, pela indissolúvel unidade entre a participação cidadã, a soberania popular e as fórmulas desse regime político, como o sufrágio universal, os sistemas eleitorais, o pluralismo político e ideológico, a opinião pública livre e, em geral, as garantias que possibilitam a livre escolha dos governantes e as condições de elegibilidade; b) *relação cidadania-República*, pela exigência de uma prática governamental responsável, emergindo a ideia de um cidadão que fiscaliza e controla o exercício do poder; c) *relação cidadania-liberdade*, que implica o reconhecimento de que a liberdade humana e o exercício da atividade governamental encontram limites na lei elaborada por órgão de representação cidadã, após um devido processo legislativo; d) *relação cidadania-igualdade*, que rejeita as discriminações e a exclusão nos domínios do político, mas que se estende ao social, ao econômico e ao cultural, pois todos os seres humanos são iguais por essência; e) *relação cidadania-direitos econômicos e sociais*, que implica a efetividade de medidas tendentes a garantir a vida com dignidade dos indivíduos e a promoção de um modelo de desenvolvimento pautado pela justa distribuição da riqueza social, a redução da exclusão e a marginalização; e f) *relação cidadania-justiça*, que se entrelaça com as garantias de acesso ao Judiciário, independência e imparcialidade de juízes e tribunais, processos adequados e procedimentos céleres, ancorados em garantias processuais. (*Ob. cit.*: p. 90-91)

todas as suas potencialidades, incluindo a de participar de forma ativa, organizada e consciente, da construção da vida coletiva do Estado democrático”.

Trata-se, com efeito, de um novo contexto, em que a *cidadania* deixa de ser meramente formal e passa a exigir de cada partícipe da nação brasileira uma atuação intensa e criticamente responsável em relação aos assuntos de interesse do Estado, que são, inexoravelmente, interesses da sociedade e, destarte, de todo e de cada cidadão. A realidade, porém, ainda está longe de refletir este avanço antevisto pela doutrina especializada.

4 ÉTICA

Quanto à ética, ABBAGNANO (2007: p. 380) a apresenta como a “ciência da conduta”. Afirma a existência de duas acepções: a primeira “que a considera como ciência do bem para a qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos *meios* para atingir tal *fim*, deduzindo tanto o fim quanto os meios da *natureza* do homem”; e a segunda “que a considera como a ciência do *móvel* da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar essa conduta”. E explica: “A primeira fala a língua do ideal para o qual o homem se dirige por sua natureza [...] Já a segunda fala dos ‘motivos’ ou ‘causas’ da conduta humana, ou das ‘forças’ que a determinam pretendendo ater-se ao conhecimento dos fatos”. E adverte que o alcance e significado de tais acepções – ética do fim e ética do móvel – deve ser levada em consideração nos estudos sobre a ética, mas também “permite ver como são irrelevantes muitas das discussões a que deu ensejo e que outras causas não têm senão a confusão entre os dois significados propostos”.

Pois bem. De forma prática a ética compreende o estudo dos valores e princípios que conformam a conduta humana ideal, buscando pela via da razão encontrar modos de viver e conviver bem, seja no âmbito público, seja no privado. Embora esteja indissociavelmente interligada à moral, não se confunde com ela. É que a ética busca o fundamento de validade das ações exclusivamente no pensamento racional, enquanto a moral o faz considerando os costumes e hábitos transmitidos de geração a geração.

Na Grécia antiga, ARISTÓTELES (2001: p. 34) desenvolve a tese segundo a qual a ética é construída a partir do agir humano virtuoso em busca da felicidade. Nesse sentido, a vida em sociedade seria fortalecida pela atuação virtuosa de seus cidadãos. E o Poder Público atento, criaria mecanismos de estímulo ao desenvolvimento das virtudes e da cidadania. Em suas reflexões, o célebre filósofo grego afirmou: “Por que, então, não dizemos que é feliz aquele que age conforme à vida perfeita e está suficientemente provido de bens exteriores, não durante um período de vida qualquer, mas por toda a vida? Ou deveríamos acrescentar: ‘E que está destinado a viver assim e a morrer de modo compatível com a vida que levou?’ Com efeito, o futuro nos é impenetrável, enquanto a felicidade concebemos como um fim em si mesmo. Sendo assim, devemos qualificar de felizes aqueles dentre os seres humanos vivos em que as condições que mencionamos

se realizem ou estejam destinadas a realizar-se – mas tudo isso obedecendo as limitações da natureza humana”.

Na Idade Moderna, HUME (2003: 347-348), com sua visão utilitarista do viver em sociedade, indaga inicialmente a razão pela qual pode “parecer surpreendente que alguém, nesta época tão tardia, julgue necessário provar por meio de elaborados raciocínios que o mérito pessoal consiste inteiramente na posse de qualidades mentais úteis ou agradáveis para a própria pessoa ou para outros”. Explicou a razoabilidade de esperar que “esse princípio já tivesse ocorrido até mesmo aos primeiros rudes e despreparados investigadores da moral, e sido aceito por sua própria evidência, sem nenhum argumento ou disputa. Tudo o que tem alguma espécie de valor acomoda-se tão naturalmente à classificação de útil ou agradável – o *utile* ou o *dulce* – que não é fácil imaginar por que deveríamos levar a busca mais adiante, ou considerar a questão como tema de refinados estudos e investigações. E como tudo que é útil ou agradável deve possuir essas qualidades ou em relação à própria pessoa ou a outros, o completo delineamento ou descrição do mérito parece realizar-se tão naturalmente como a projeção de uma sombra pelo sol, ou o reflexo de uma imagem na água. Se o solo sobre o qual se lança a sombra não é irregular ou acidentado, nem a superfície na qual se reflete a imagem é trêmula ou agitada, uma figura correta apresenta-se imediatamente, sem nenhum artifício ou intervenção”. E conclui que “parece razoável supor que sistemas e hipóteses perverteram nossa faculdade natural de entendimento, ao vermos que uma teoria tão simples e óbvia conseguiu escapar por tanto tempo aos exames mais cuidadosos”.

No Brasil Imperial, LISBOA (1824) ao tecer considerações sobre as opiniões dos moralistas modernos acerca do fundamento da obrigação moral, defende a tese de que os atos humanos livres só são bons e virtuosos quando em conformidade com: a vontade de Deus, manifesta na ordem do Universo; consciência ou senso moral; eterna e necessária propriedade das coisas; verdade; bem ou interesse particular; utilidade geral; simpatia com os objetos de compaixão e obras de virtude; senso comum; aprovação instantânea de certos atos; e a razão¹². E defende a educação como condição para que os homens possam desenvolver instintos e sentimentos para conviverem em paz, se ajudarem reciprocamente e trabalharem honestamente, e, assim, desenvolverem progressivamente as faculdades uteis do corpo e do espírito, e terem o que se diz *Bons costumes*.

Na contemporaneidade, RAWLS (2000: p. 293-294), no desenvolvimento de sua teoria de justiça como equidade, defende a prioridade do justo e as concepções do bem

¹² He de admirar, que, sendo a moralidade das ações humanas, quanto a prática nos casos ordinários, cousa tão simples e óbvia aos povos de considerável grão de civilização, e sendo quasi uniforme em todos os paizes cultos o conceito do que se chamão *bons costumes*, que ninguém confunde com os maós feitos, e habitos viciosos; com tudo, quanto a theoria, tenha havido tanta discordia, e variedade de opiniões, ainda entre philosophos modernos de grande nome, sobre o

diretamente ligadas a cinco ideias básicas: “1) a ideia do bem como racionalidade, 2) a ideia dos bens primários, 3) a ideia de concepções abrangentes e aceitáveis do bem, 4) a ideia de virtudes políticas, 5) a ideia do bem representado por uma sociedade (política) bem ordenada”. E esclarece: “a prioridade do justo implica que os princípios da justiça (política) impõem limites ao modo de vida que são aceitáveis; é por isso que as reivindicações que os cidadãos apresentam como fins que transgridam esses limites não têm peso algum (do ponto de vista da concepção política em questão). Entretanto, instituições justas, assim como as virtudes políticas correspondentes com os cidadãos, não teriam nenhuma razão de ser caso se contentassem em autorizar certos modos de vida. É igualmente necessário que elas as encorajem para que os cidadãos as defendam como dignas de sua fidelidade total. Uma concepção de justiça deve ser suficientemente aberta para incluir modos de vida capazes de inspirar o devotamento. Em suma, a justiça estabelece os limites, o bem indica a finalidade. Assim, o justo e o bem são complementares, o que a prioridade do justo não nega em absoluto. Essa prioridade quer dizer simplesmente que, se uma concepção política de justiça, para ser aceitável, deve respeitar formas de vida variadas às quais os cidadãos possam dedicar-se, não é menos verdade que as ideias do bem sobre as quais ela se apoia devem respeitar os limites – o espaço autorizado – fixados por ela própria”.

Já DWORKIN (2012), inicialmente faz uma distinção entre moral e ética, segundo a qual os padrões morais prescrevem como devemos tratar os outros; os padrões éticos, como devemos viver nós mesmos. Destaca que a felicidade que Platão e Aristóteles

fundamento da obrigação moral. Estas opiniões se reduzem ás seguintes theses. Diz-se que os actos humanos livre só são bons e virtuosos sendo feitos em conformidade á: [...]

I. A *Vontade de Deos* sem duvida he o fundamento original da obrigação moral [...]

II. A *Consciencia* he na verdade, em muitos casos, a mysteriosa voz interior, que parece ser a *voz de Deos* em justificar ou condemnar os actos humanos [...]

III. *Eterna e necessaria propriedade das cousas* he huma these de metaphysica transcendental, que comprehende a natureza e relações de todo o creado [...]

IV. A *Verdade das cousas* he huma idéa mui abstracta, e de regra vaga, para constituir *obrigação moral* [...]

V. O *Bem e Interesse particular* he o ordinario movel dos actos dos individuos para a sua conservação, e melhora de condição [...]

VI. A *Utilidade Geral* he firme base da justiça dos actos humanos, quando são á ella conformes no facto e no intento [...]

VII. *Senso commun* he qualificação arbitraria, e dependente do grão de civilização, e das correntes opiniões dos povos, que, muitas vezes, são erradas, absurdas, e evidentemente iniquas e deshumanas [...]

VIII. A *Sympathia*, ou sensibilidade do coração á vista de espectáculo da miseria, para dar ajuda á quem a soffre, ou da virtude para estimar a pessoa virtuosa, he da constituição da Humanidade, e forte estimulo á nossa pura beneficencia [...]

IX. A *Approvação* instantanea e universal de certos actos humanos he (em via de regra), criterio da verdade de serem elles bons e virtuosos [...]

X. A *Razão* he a faculdade do homem, que ainda assás mostra ter sido creado á *imagem e semelhança de Deos*, e em categoria *pouco menos dos Anjos*, conforme declara a Escriptura sagrada. (LISBOA: *ob. cit.*: p. 25-30 e 66-67)

evocam deve ser alcançada por viver eticamente e isso significa estar de acordo com princípios morais independentes. Propõe, então, um entendimento diferente do pensamento categórico sobre o agir conforme a moral, eis que não é possível justificar um princípio moral, mostrando que apenas o princípio estimula alguém ou o desejo de todos, tanto no curto como no longo prazo. Destaca que o fato de desejar por si só não justifica um dever moral, pois o nosso sentido de que a moralidade não precisa servir aos nossos interesses é apenas a aplicação de um princípio deduzido por Hume segundo o qual nenhuma descoberta empírica sobre o estado do mundo pode estabelecer conclusões sobre uma obrigação moral. Conclui que sua proposta de combinar ética e moralidade não exclui amarrá-las juntas, no caminho que Platão e Aristóteles fizeram, porque esse projeto tem que ser ético, não uma questão psicológica de fato sobre o que acontecer com as pessoas ou mesmo o querer inevitável ou, ainda, a tomada de decisão conforme o próprio interesse, mas em si uma questão de ideal.

Na doutrina brasileira, BITTAR (2012: p. 146-163) ensina que a Carta Política de 1988 institui uma nova ordem jurídica e “inaugura um novo conjunto de preocupações éticas. Isso porque, em verdade, a ordem jurídica constitucional visa mais que tudo a alcançar a plenitude do convívio social pacífico. Dessa forma, as normas jurídicas são predispostas a produzir efeitos práticos sobre o comportamento e a conduta das pessoas, das sociedades, das organizações, das corporações, das cooperativas, das instituições, dos sindicatos, dos órgãos governamentais... no sentido de efetivamente causar repercussões sobre a ética da população, a moral social e a consciência de uma sociedade”. E elencou nada menos que dezesseis princípios éticos nela constantes¹³.

E assim o é. A ética deve conduzir o comportamento humano direcionando-o para o bem, para o viver virtuoso como um ato de escolha consciente. Deve, também, orientar o desenvolvimento das potencialidades de cada pessoa para o viver bem, uma vida boa, justa e honesta. Deve, ainda, nortear o comportamento de cada partícipe de uma sociedade, de cada cidadão, para atuar positivamente no sentido de contribuir para

¹³ 1) ética da dignidade humana, do modo mais lato que se puder entender a expressão; 2) da igualdade de gênero; 3) da não invasividade à personalidade humana; 4) do não abuso do poder, da não-violência, da preservação de direitos humanos consagrados internacionalmente; 5) das relações de trabalho, fundada na valorização do homem como pessoa humana engajada em atividades produtivas; 6) da liberdade intelectual, com vistas à formação de consciências ideológicas, científicas, literárias e artísticas livres de quaisquer embaraços ou vínculos ou impedimentos; 7) da tolerância, seja religiosa, seja racial, com vistas à construção de valores igualitários; 8) universalista, tendo-se em vista a igualdade de brasileiros e estrangeiros; 9) administrativa, com acentuada ênfase na moral administrativa; 10) ambiental e preservacionista; 11) familiar, como forma de fortalecer o núcleo básico de formação de toda sociedade; 12) de integração da criança e do jovem na sociedade, pela doutrina da proteção integral de suas necessidades e do provimento de suas carências; 13) de apoio e sustentação do idoso, como dever da família e do Estado; 14) da não discriminação e da valorização de outras raças e culturas; 15) científica, voltada à formação de uma consciência das prioridades de conhecimento e aplicação tecnológica do país; e 16) da comunicação social, sob controle do Poder Público.

a satisfação das necessidades básicas – mínimo existencial – dos menos favorecidos pela ordem econômica e social.

5 REFLEXÕES SOBRE A SOCIEDADE MODERNA

A *democracia* na atualidade se funda em três preceitos básicos: o governo do povo, a soberania popular e a tripartição dos poderes. Para entender o que é democracia em nossos dias, urge reconhecer que o exercício do poder pelo povo, de forma indireta (representativa) ou direta (mecanismos de participação ativa), é sustentado pela soberania popular e pela tripartição dos poderes. Mas, a estabilidade do sistema, a manutenção do *status quo*, é uma decorrência direta da supremacia e da rigidez constitucional.

Quanto à *cidadania*, refere a participação dos nacionais na formação da vontade política do Estado e, para além disso, exige um comportamento crítico e responsável em relação às decisões tomadas pelos agentes políticos, bem como um acesso cada vez maior aos instrumentos que lhes permitam participar diretamente das escolhas políticas fundamentais.

A ética, por seu turno, aqui adotada a perspectiva de DWORKIN (*ob. cit.*), refere a prioridade do comportamento íntegro. Uma integridade entendida a partir dos componentes que afetam a vida de uma pessoa e a conduzem para o bem e o justo. Nesse contexto, a existência, com integridade ética, é uma questão de escolha consciente, de viver a vida conforme o melhor ajuste possível para a pessoa e a sociedade na qual está inserida, tendo em conta as circunstâncias impostas pelo meio ambiente e as próprias convicções. Não vive bem quem se comporta mecanicamente, sem nenhum objetivo concreto a ser alcançado, nem quem busca em tudo um reflexo de sua ética existencial, tão pouco quem deixa de lado as próprias convicções apenas para conseguir o que quer. A integridade do comportamento ético exige das pessoas que levem a sério todas as dúvidas e incertezas que surgem sobre o resultado de suas escolhas, sobre a maneira como vivem.

A relação entre *democracia*, *cidadania* e ética, portanto, é complexa e deve ser constantemente revisitada. O viver virtuoso, o praticar o bem, o agir conforme os ditames do justo, exige de cada um e de todos os partícipes da sociedade, uma vontade firme, uma atuação intensa, uma eterna vigilância.

CUNHA (2007: p. 131), ao tratar de ideias políticas, adverte que é um erro grave pensar que a *democracia*, quando já alcançada, pode “vir a deixar de ser uma meta”. E conclui que: “A democracia nunca é plena. E, como a pedra de Sísifo, quando julgamos que chega ao cume da montanha, lá vem ela de novo resvalando ... Há ainda muitas bolsas anti-democráticas na nossa sociedade. Algumas novas até, E se nem tudo pode ser democracia (há coisas que precisam de hierarquia, de aristocracia, etc.), há muitas ainda que carecem dela aflitivamente. Vejam-se os tiranetes que por aí pululam...”.

Ainda CUNHA (ob. cit.: p. 125-127), ao discorrer sobre a ética republicana nos dias atuais, defende ser esta “não [...] uma ética meramente etiológica, indagadora do *ethos* (ética descritiva, etiológica, ou fisiologista) mas” que “comunga do *pathos* político, e só terá valor se se assumir com alguma normatividade (ética prescritiva ou normativa – que alguns assimilam à ‘moral’)”. Afirma a existência de duas dimensões claramente perceptíveis: a ética política, que representa os valores políticos sobre os quais a sociedade se funda, e a ética individual, fundada na “moral da república, pela qual as virtudes republicanas [...] seriam exercidas”. E adverte, com absoluta clarividência que, sem participação ativa, o cidadão “torna-se passivo cúmplice do *statu quo*”¹⁴.

E sobre *cidadania*, CUNHA (ob. cit.: p. 171) defende que a respectiva base, “em que naturalmente se inclui o respeito pelos direitos dos outros, está, sem dúvida, numa consciência da Liberdade, da Autonomia, e na capacidade para agir na Ágora. Mas a par dela há um mínimo verniz social que se confunde até com aspectos da dignidade do Cidadão. O Cidadão digno, recto, probo, é o que pratica a urbanidade. E a simpatia e a prestimosidade estão do lado da solidariedade e da fraternidade; não da subserviência”.

E assim o é. *Democracia*, ética e *cidadania*, no contexto da contemporaneidade, são institutos que se complementam e se retroalimentam, pois, o exercício do poder pelo povo carece da participação ética do cidadão, enquanto essa participação somente é exercível, em sua plenitude, no ambiente democrático.

Assim, a participação política exige um comportamento ético do cidadão para legitimar a atuação do Poder Público, fortalecendo a democracia. E uma democracia forte, favorece a participação política, ampliando os mecanismos de participação responsável do cidadão na formação da vontade social. Essa simbiose é a base de sustentação de uma democracia crítica e participativa, que tem no ápice de seu sistema jurídico político uma Constituição rígida.

¹⁴ Pressuposto óbvio desta “moral” é o conjunto de virtudes básicas de honestidade, as quais, em ambientes políticos de corrupção ou suspeita dela, acabam por ser elogiadas em alguns políticos mais rígidos (como se afabilidade fosse sinal de menor inteireza ética), quando, em verdade, deveriam ser *conditio sine qua non* de todos, sem exceção – e jamais constituir motivo de espanto. Por outro lado, as virtudes políticas não podem ser apenas procuradas nos políticos. Elas são, na verdade, virtudes de cidadania. E, como tais, implicam todos os cidadãos. Se o escândalo entre os actores da ribalta política, de tão normal em certos países, já não causa sequer admiração (o que constitui uma forma de cauterização ética profunda, que produz insensibilidade e embota o são direito à indignação), a verdade é que cada um tem de pensar duas vezes antes de lançar a primeira pedra. Não, evidentemente, que o cidadão comum possa olhar-se no espelho da sua consciência como corrupto. A tanto se não chegou. Mas há uma difusa culpa (semelhante à “culpa na formação da personalidade” em Direito Penal) de *deficit* geral de cidadania. Cada cidadão, criticando ou sofrendo apenas e não participando (salvo em casos de complexa dimensão ética pessoal), torna-se pelo menos um pouco culpado. E deveria, com um dever político e ético, participar: logo no bairro que é a sua *polis*. E uma tal acção não poderá decorrer de um voluntarismo acéfalo, ainda que generoso, mas constituir, ao invés, um contributo sério feito a partir do estudo e ponderação dos problemas da coisa pública. Não o fazendo, torna-se passivo cúmplice do *statu quo*.

6 DEMOCRACIA, CIDADANIA E ÉTICA NO BRASIL ATUAL

Nos países em desenvolvimento, como o Brasil, a estrutura ainda inacabada do Estado democrático e social de direito pode sucumbir diante da degeneração do regime a partir da demagogia, do populismo e do cinismo ideológico reinante na classe política. Todavia, a *democracia* crítica e participativa, que se incorpora e se expande na sociedade, tende a se tornar um instrumento de libertação e de preservação da dignidade humana.

Se é certo que a debilitada *democracia* brasileira está se afastando da Constituição, ao negligenciar, a cada dia, o cumprimento das promessas nela constantes. Se é certo que a *cidadania* também está ainda longe de refletir um comportamento consciente e responsável em relação ao destino do Estado brasileiro. Também não é menos certo que passos importantíssimos foram a continuam a ser dados na direção de uma sociedade livre, justa e solidária, fundada na dignidade da pessoa humana.

O desafio para a concretização desses anseios, conforme já ressaltado, é muito grande e está ainda longe de se tornar realidade. As conclusões de CARVALHO (2002: p. 219-220) nesse sentido são contundentes, pois evidenciadas em “indícios de saudosismo em relação à ditadura militar”, perda da “crença de que a democracia política resolveria com rapidez os problemas da pobreza e da desigualdade”, além do próprio desenvolvimento da cidadania, em que “A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo”¹⁵.

CARDIN (2006), ao discorrer criticamente sobre a estrutura do Estado brasileiro, demonstrou o quanto a *democracia* aqui precisa ser urgentemente aperfeiçoada, pois o custo do Estado está comprometendo a própria sustentabilidade do sistema e o povo está a perder as referências, a desacreditar no regime democrático. Ao final, defendeu um movimento nacional em defesa da *cidadania*, mediante a criação de grupos de trabalhos integrados por pessoas identificadas com os grandes problemas nacionais, a racionalização de recursos após um levantamento criterioso de todas as instituições sociais em funcionamento, a perseverança na execução de projetos considerados

¹⁵ Percorremos um longo caminho, 178 anos de história do esforço para construir o cidadão brasileiro. Chegamos ao final da jornada com a sensação desconfortável de incompletude. Os progressos feitos são inegáveis, mas foram lentos e não escondem o longo caminho que ainda falta percorrer. O triunfalismo exibido nas celebrações oficiais dos 500 anos da conquista da terra pelos portugueses não consegue ocultar o drama dos milhões de pobres, de desempregados, de analfabetos e semi-analfabetos, de vítimas da violência particular e oficial. Não há indícios de saudosismo em relação à ditadura militar, mas perdeu-se a crença de que a democracia política resolveria com rapidez os problemas da pobreza e da desigualdade. Uma das razões para nossas dificuldades pode ter a ver com a natureza do percurso que descrevemos. A cronologia e a lógica da sequência descrita por Marshall foram invertidas no Brasil. Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo.

prioritários, a divisão racional de tarefas para evitar desperdícios e a confraternização e a invocação de Deus (no sentido ecumênico) quando da comemoração das vitórias para unir as pessoas.

Com efeito, a união de sentimentos e de interesses comuns, a busca de melhores condições de vida para si e os seus, podem e devem ser utilizados pela sociedade civil organizada para direcionar as forças sociais até aqui dispersas para propósitos comuns, a partir da definição conjunta das prioridades nacionais. *Democracia*, ética e *cidadania* são os elementos “chave” para a concretização do projeto de sociedade livre, justa e solidária prometido pela Constituição “cidadã” brasileira.

É que, de forma concreta, *democracia* e *cidadania* são princípios fundantes do Estado brasileiro. Seus contornos estão perfeitamente delineados na Constituição da República e é dela que extraem a supremacia e a imperatividade. Quanto à ética, valor que é, não detém concretude nem assento constitucional, mas é nela que estão fundados os valores e princípios que conformam a conduta humana ideal, conforme já ressaltado.

Destarte, a luta por uma *democracia* crítica e participativa, por uma *cidadania* consciente e responsável, pela busca por novos modos de viver e conviver bem, seja no âmbito público, seja no privado, tem na ética o elemento central, a conduzir o comportamento de cada brasileiro e não apenas dos cidadãos brasileiros.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Relacionar *democracia*, ética e *cidadania* implica, portanto, reconhecer que a participação ativa do cidadão na vida em sociedade envolve não apenas o exercício de direitos, mas a assunção de uma postura de responsabilidade na tomada de decisões de interesse coletivo e de tolerância quanto a propostas alternativas de solução dos problemas sociais.

Implica, ainda, reconhecer que tal participação impõe ao cidadão também deveres, como o de resistência, para evitar retrocessos institucionais, e o de exigir dos Poderes Públicos o desenvolvimento de políticas públicas em favor dos menos favorecidos para resgate da cidadania destes.

O tema *democracia*, ética e *cidadania*, portanto, exige do intérprete a análise das aspirações humanas de convívio social. Instiga a reflexão sobre o que é viver bem. Alude a democracia crítica e participativa como base para o desenvolvimento de um Estado democrático e social de direito. E sugere que o exercício de direitos impõe deveres e responsabilidades aos cidadãos.

ABSTRACT: Democracy, citizenship and ethics are basic institutions for the development and maintenance of a democratic and social state of law. And to fulfill the constitutional promise of a free, just and solidary society.

KEYWORDS: Democracy. Citizenship. Ethic. Political participation. Righteous behavior. Social justice.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Coordenada e revista por Alfredo Bost e Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.

ALENCAR, José de. *Systema representativo*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, Edictor, 1868.

ARISTÓTELES. *Politics*: A treatise on government. New York: E. P. Dutton & Co; Ed. Digital, 1928.

_____. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ASSIS BRASIL, J. F. de. *Democracia representativa. Do voto e do modo de votar*. 3. ed. Paris/Lisboa: Guillard, Aillaud & Cia, 1893.

BALMAN, Zigmunt. *Ética pós-moderna*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2003.

BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira Commentarios*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia., 1924.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: Ética geral e profissional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Crisis de la democracia*. Barcelona: Ariel, 1985.

_____; MATTEUCCE, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UNB, 11ª ed., vol. 1, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; e AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Digital. São Paulo: Forense, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARDIN, Dirceu Galdino. *Desafios da cidadania*. OAB Editora, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. In: *Lua Nova*, nº 28-29. São Paulo: 1993, versão eletrônica (<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451993000100005>).

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito constitucional aplicado: Viver a Constituição, a cidadania e os direitos humanos*. Lisboa: Quid Juris, 2007.

DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad. Pedro Éloi Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

HUME, David. *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. São Paulo: Ed. UNESP, 2004.

LISBOA, José da Silva. *Constituição moral, e deveres do cidadão. Com exposição da moral publica conforme o espirito da Constituição do Império*. Parte I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1824.

NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil: Do Império aos dias atuais*. Ed. Digital. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve e C., 1857.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. v. 3. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

TILLY, Charles. *Democracia*. Trad. de Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2013.

TOQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. v. 1. The Project Gutenberg: EBook #815, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Trad. de Monica de Sanctis Viana. Ed. digital. São Paulo: Saraiva, 2011.

PROTEÇÃO INTEGRAL E A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS AO ATENDIMENTO DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI E DEPENDENTES DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS

PRISCILLA TEREZA DE ARAÚJO COSTA MOREIRA¹

RESUMO: O estudo analisa a situação de adolescentes em conflito com a lei dependentes de substâncias entorpecentes e submetidos a medidas socioeducativas por determinação judicial. Busca analisar a ineficácia em regra das medidas sócioeducativas aplicadas a adolescentes envolvidos com drogas sem a realização do tratamento de desdrogadição, situação que se configura atualmente no Estado do Pará, em razão do não oferecimento de local adequado e vagas suficientes para tal fim. Assim, os adolescentes infratores dependentes químicos no Estado do Pará sofrem violação ao direito de receber um tratamento de desdrogadição, uma vez que o serviço atualmente oferecido é majoritariamente ambulatorial e o número de vagas disponibilizadas para internação é incapaz de atender, suficientemente, a demanda de todo o Estado do Pará.

PALAVRAS-CHAVE: Adolescência, políticas públicas. Drogadição. Ato infracional.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. 3 ATO INFRACIONAL E MEDIDAS SÓCIOEDUCATIVAS. 4 NECESSIDADE DE TRATAMENTO ESPECIALIZADO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no art. 227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 4º a prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente.

O reconhecimento da necessidade de tratamento especial e prioritário dos direitos da criança e do adolescente na Constituição Federal de 1988 sofreu influência de diversos documentos internacionais que já destacavam a relevância do tema, seja através da Declaração de Genebra de 1924, Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, 1948 ou Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, de 1969.

¹ Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. Especialista em Direito da Criança e Adolescente pela Universidade Federal do Pará.

Deve-se destacar que o princípio da proteção integral foi bem retratado na Convenção de Direito da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil em 1990.

Com efeito, os princípios da proteção integral e prioridade absoluta de direitos envolvem diretamente o desenvolvimento de políticas públicas, prioritariamente, na área da infância e juventude.

Entretanto, o que se observa na prática é a insuficiência de destinação e aplicação de recursos públicos no desenvolvimento de programas e projetos voltados para a área da infância e juventude, principalmente no que se refere ao combate ao consumo indiscriminado de substâncias entorpecentes e drogas afins por crianças e adolescentes.

O quadro se torna mais grave ao constatarmos que não há dúvidas de que o uso de drogas, sobretudo as ilícitas, apresenta-se como fator potencializador do cometimento de atos infracionais e, conseqüente, do aumento da violência.

O uso indiscriminado de substâncias entorpecentes, quando não resulta na prática de atos infracionais por crianças e adolescentes, provoca a evasão escolar, conflitos familiares e problemas de saúde ao usuário ou dependente químico.

Essa é uma realidade brasileira e, através de vários estudos já realizados, pode-se concluir ao menos duas deficiências importantes: a carência no Estado de políticas públicas e programas voltados aos usuários de drogas e a insuficiente atenção do Sistema de Justiça à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

Tal realidade não é diferente da que encontramos no Estado do Pará, sendo que a grande dimensão territorial do Estado, somada às dificuldades de acesso aos diversos municípios existentes e à condição de pobreza da maioria da população, tornam qualquer problema muito mais difícil de administrar e solucionar.

No que toca às políticas públicas de atendimento aos adolescentes autores de ato infracional dependentes químicos (paraenses), estas não vem observando os princípios da prioridade absoluta e proteção integral preconizadas em nossa Carta Constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Isto ocorre em razão da não disponibilização de vagas suficientes para a realização de tratamento de desdrogadição, específico e adequado à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento dos adolescentes em conflito com a lei no Estado do Pará.

A falta de atenção política no desenvolvimento de projetos e programas que atuem na área da drogadição infanto-juvenil prejudica qualquer ação que vise a aplicação eficaz de medidas protetivas ou de medidas sócioeducativas para crianças e adolescentes paraenses envolvidos com o uso de drogas.

Na prática, o que se verifica é a aplicação isolada de medidas paliativas, através de atendimentos ambulatoriais, psicossociais e, em alguns pouquíssimos casos, a internação em um centro de reabilitação que atende a todo o Estado do Pará ou em clínicas particularesque possuem convênios com os entes públicos.

Surge então, a necessidade de que se discuta tal situação e de que se busquem soluções para o enfrentamento da problemática que envolve tanto a área protetiva dos direitos da criança e adolescentes quanto a área de aplicação de medidas sócioeducativas aos adolescentes infratores dependentes químicos.

A questão se torna ainda mais relevante por estar contribuindo de forma decisiva para o aumento da criminalidade, uma vez que, na maioria dos casos, há uma relação direta entre a prática de atos infracionais e o uso de drogas por crianças e adolescentes, do que resulta um grande impacto na sociedade, não estando, portanto, seus efeitos restritos à população infanto-juvenil dependente de droga e seus familiares, mas a toda a comunidade paraense.

Consequentemente, a não disponibilização de tratamento especializado para crianças e adolescentes dependentes e usuários de drogas viola diretamente os direitos humanos das crianças e adolescentes em receber um tratamento prioritário, eficaz e que contribua para o seu completo desenvolvimento físico, espiritual, moral, educacional e social, amplamente assegurados nos tratados internacionais, na Carta Constitucional de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2 DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A doutrina da proteção integral reconhece o direito da criança e do adolescente de forma ampla, universal e exigível, colocando as crianças e adolescentes como titulares de direitos fundamentais conforme a sua peculiar situação de pessoa em desenvolvimento em consonância com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Assim, para fins protetivos, também foi expressamente reconhecido o princípio da prioridade absoluta e a previsão de direitos fundamentais cabendo à família, sociedade e o Estado a obrigação de assegurá-los de forma concorrente.

Não há dúvidas de restou assegurado através da Carta Constitucional de 88 e do Estatuto da Criança e do Adolescente um conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos que garantam a efetividade da doutrina da proteção integral, conforme assevera Andréa Rodrigues Amim²:

Com o fim de garantir efetividade à doutrina da proteção integral, a nova lei previu um conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos, por meio de políticas sociais básicas, políticas e programas de assistência social, serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos e abuso, e proteção jurídico-social por entidades da sociedade civil.

A eficácia do princípio da prioridade absoluta depende justamente da primazia que deve ser proporcionada às crianças e adolescentes no sentido de receber proteção e

² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p 56.

auxílio em qualquer circunstância, de receber atendimento preferencial na formulação e execução de políticas públicas, assim como nos serviços públicos e de relevância pública e principalmente no que toca à destinação prioritária de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Merece destaque a análise realizada por Andréa Rodrigues Amim³ ao tratar do tema do princípio da prioridade absoluta:

Assim, se o administrador precisar decidir entre a construção de uma creche e de um abrigo para idosos, pois ambos são necessários, obrigatoriamente terá de optar pela primeira. Isso porque o princípio da prioridade para idosos é infraconstitucional, estabelecido no art. 3º da Lei n. 10.741/2003, enquanto a prioridade em favor de crianças é constitucionalmente assegurada, integrante da doutrina da proteção integral.

À primeira vista, pode parecer injusto, mas aqui se tratou de ponderar interesses. Ainda que todos os cidadãos sejam iguais, sem desmerecer adultos e idosos, quais são aqueles cuja tutela de interesses mostra-se mais relevante para o progresso da nossa sociedade, da nossa nação? Se pensarmos que o Brasil é “opaís do futuro”- frase de efeito ouvida desde a década de 1970- e que este depende de nossas crianças e jovens, torna-se razoável e até acertada a opção do legislador constituinte.

Ressalta-se que a prioridade tem um objetivo bem claro: realizar a proteção integral, assegurando primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais enumerados no art. 227, caput, da Constituição da República e reenumerados no caput do art. 4º do ECA.

Mas leva em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, pois a criança e o adolescente possuem uma fragilidade peculiar de pessoa em formação, correndo mais riscos que um adulto, por exemplo.

Ocorre que na prática, infelizmente, não é esta a realidade que encontramos.

Maria Dinair da Costa Gonçalves⁴ ressalta esta conjuntura através da seguinte afirmativa:

Percebe-se que não se atingiu uma solução satisfatória para a compreensão, harmonização e aplicação eficiente e eficaz dos princípios e normas constitucionais que reconheceram a Criança e o Adolescente (nome próprio), como sujeitos de direitos, e credores dos direitos fundamentais gerais, inerentes à dignidade da pessoa humana, e mais os específicos a eles destinados, porque pessoas em peculiar condição de desenvolvimento.

A não observância da prioridade de desenvolvimento de políticas públicas na área da infância e juventude atinge diretamente a efetividade da doutrina da proteção integral.

³ Ibid., p. 60.

⁴ GONÇALVES, Maria Dinair Acosta Gonçalves. Proteção integral: paradigma multidisciplinar do direito pós-moderno. Porto Alegre: Alcance, 2002, p. 18.

Ainda a respeito do princípio constitucional de prioridade absoluta diz Andréa Rodrigues Amim⁵:

Estabelece primazia em favor das crianças adolescentes em todas as esferas de interesses. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do legislador constituinte”.

Segue ainda a mesma autora abordando a questão da discricionariade administrativa no direcionamento das políticas públicas na área da infância e juventude⁶:

A discricionariade do poder público também estará limitada na formulação e na execução das políticas sociais públicas, pois há determinação legal, em se assegurar primazia para políticas sociais públicas destinadas direta ou indiretamente à população infanto-juvenil.

Resta claro o caráter preventivo da doutrina da proteção integral em buscar políticas públicas voltadas para a criança, para o adolescente e para a família, sem as quais o texto legal será letra morta, não alcançando efetividade social. Não adianta só resolvermos os problemas “apagando os incêndios”. A prevenção através das políticas públicas é essencial para resguardo dos direitos fundamentais de crianças e jovens.

Não há como negar que com o advento da Constituição de 1988, mais especificamente, com a adoção da doutrina da proteção integral, foi possível a instrumentalização, através de uma rede de sistemas integrados de garantias, de proteções legais, em que as crianças e adolescentes deixaram de serem objetos de tutelas para se tornarem sujeitos de direitos, com capacidade para cumprirem obrigações, entretanto, limitadas e condicionadas as suas condições de pessoas em desenvolvimento.

3 ATO INFRACIONAL E MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

A Constituição da República Brasileira estabeleceu no artigo 228 a inimputabilidade das pessoas com idade inferior a 18 (dezoito) anos, as quais devem ser submetidas à legislação especial, no caso o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90), seguindo as diretrizes internacionais dos Direitos Humanos, construindo um novo modelo de responsabilização do adolescente em conflito com a lei.

O artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que o ato infracional é toda conduta descrita como crime ou contravenção penal. Assim, percebe-se que a essência da conduta é a mesma, o que difere é o tratamento jurídico que deve

⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira lobo Andrade (Coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 60.

⁶ Ibid., 2013, p. 65.

ser adequado a específica condição de ser em desenvolvimento de cada autor de ato infracional.

Importante frisar o posicionamento de João batista Costa Saraiva⁷ ao afirmar que há sanções impostas aos adolescentes em conflito com a lei, entretanto, estas devem ser de acordo a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento:

O fundamental é que exista clareza que o ECA impõe sanções aos adolescentes autores de ato infracional e que a aplicação destas sanções, aptas a interferir, limitar e até suprimir temporariamente a liberdade dos jovens, há que se dar dentro do devido processo legal, sob princípios que são extraídos do direito penal, do garantismo jurídico e, especialmente, da ordem constitucional que assegura os direitos de cidadania.

O Estado de Direito se organiza no binômio direito/dever, de modo que às pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, assim definidas em lei, cumpre ao Estado definir-lhes direitos e deveres próprios de sua condição.

Deve-se destacar ainda que, conforme previsão do artigo 105 do mesmo estatuto, as crianças, que são consideradas as pessoas até os 12 anos de idade, quando praticam um ato infracional são passíveis de aplicação apenas de medidas protetivas, previstas no art. 101 da Lei nº. 8.069/90.

Os adolescentes quando se envolvem na prática de ato infracional estão suscetíveis de aplicação de medidas socioeducativas.

As medidas socioeducativas estão previstas e disciplinadas no Estatuto da Criança e Adolescente e na Lei que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei nº. 12.594/2012), sendo que, além das medidas socioeducativas há a possibilidade de aplicação de medidas protetivas.

Com efeito, no caso de adolescentes infratores usuários de drogas a aplicação de medida protetiva de tratamento de desdramatização se torna um meio eficaz de garantir o desenvolvimento sadio do adolescente e atingir a finalidade da medida socioeducativa.

E no que toca mais especificamente a questão da relação entre uso de drogas e prática de atos infracionais, Simone Mariano da Rocha⁸ afirma o seguinte:

Os dados apurados demonstram que o uso de drogas, sobretudo as ilícitas, compostas por substâncias reconhecidas por alterarem as funções do sistema nervoso central, afetando o estado mental do usuário, apresenta-se como um agente motivador do cometimento de atos infracionais, pois, além da alta prevalência, os próprios adolescentes, quando perquiridos no curso do procedimento de apuração de ato infracional, revelaram, dentre as motivações questionadas, a influência significativa tanto do uso da droga quanto do grupo de amigos.”

⁷ SARAIVA, João batista Costa. *Desconstruindo o mito da impunidade: um ensaio do direito (penal) juvenil*. Brasília: Saraiva, 2002, p. 64.

⁸ ROCHA, Simone Mariano. *Adolescência, uso de drogas e ato infracional*. Disponível em: http://www.mp.rn.gov.br/caops/caopij/doutrina/doutrina_ato_infracional_drogas.pdf. Acesso em: 21 mar. 2014.

Com efeito, a disponibilização de clínicas de tratamento para crianças e adolescentes dependentes químicos está dentre os direitos previstos no Estatuto do Adolescente e inserido na doutrina da proteção integral, posto que é condição indispensável para o saudável desenvolvimento físico e mental da população infanto-juvenil usuária de drogas.

Assim como, a não disponibilização de tratamento aos adolescentes em conflito com a lei viola as garantias processuais e finalidade das medidas socioeducativas que devem observar a capacidade do adolescente para o cumprimento da medida, as circunstâncias da infração e o atendimento às necessidades pedagógicas do adolescente.

Essa finalidade específica e tratamento diferenciado deve ser analisado no momento da aplicação de medidas sócioeducativas considerando a condição de pessoa em desenvolvimento dos adolescentes autores de ato infracional consoante afirma Alexandre Moraes da Rosa⁹:

Partindo-se da concepção minimalista e da perspectiva garantista, a aplicação de medidas socioeducativas deve se dar em conformidade com a ação, circunstâncias, consequências e causas do ato. Até porque se demonstrou, a partir da psicanálise, que o ato infracional pode ser o sintoma de que alguma outra coisa não está bem, especialmente nesta fase de acerto subjetivo – encontro com o real do sexo, conflito de gerações, desligamento do Outro, angústia quanto ao futuro (Cap. 3º). De outro lado, adotando-se uma postura própria da Criminologia Crítica, percebe-se que o ato infracional – salvo os graves – são acertadamente normais dos adolescentes, mormente numa realidade excludente como a brasileira, apontou **Cirino dos Santos**. Deste modo, não se pode dialogar com o sistema de medidas socioeducativas com a mesma lógica da resposta penal. Pensar com a lógica do Direito Penal implica, em regra, o recrudescimento da medida socioeducativa aplicada. Os exemplos são muitos. Esquece-se (in)conscientemente que a adolescência, para efeitos legais, engloba um período de apenas seis anos (12 aos 18 anos), podendo se aplicar medidas até os 21 anos (ECA, art.2º, parágrafo único). Neste curto espaço de tempo, no qual as mudanças subjetivas são constantes e muito rápidas, além da prescrição, deve-se perceber que, se as respostas não forem imediatas, inexistente vinculação do ato praticado e a medida imposta.

A aplicação de medidas socioeducativas possuem objetos e finalidades próprias sendo prevalentemente sócio pedagógicas, diferentemente das sanções penais, que apesar de haver a finalidade de ressocialização, possui ainda um caráter eminentemente de retribuição e prevenção geral e específica.

De forma muito apropriada o Promotor de Justiça Mário Luiz Ramidoff¹⁰ aborda a questão socioeducativa das medidas:

⁹ ROSA, Alexandre Moraes da Rosa. *Introdução crítica ao Ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 204-205.

¹⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas sócioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 84.

Por certo, em que pese a cultura, o ambiente comunitário ou o núcleo familiar no qual este adolescente estivesse inserido, o que agora se tem que fazer é justamente mudar o foco da perspectiva e valorizar o “tipo” e a “qualidade” de interações que o adolescente mantém com seu próprio ambiente. Desta forma, é fundamental a própria (re)estruturação do núcleo familiar para acompanhar o seu desenvolvimento humano, apoiá-lo e orientá-lo nas principais decisões que deverá tomar na evolução de sua vida, bem como, recepcioná-lo como uma pessoa inserida num processo de construção das diversas dimensões de sua personalidade.

Este é o propósito de toda medida socioeducativa cuja essência, conteúdo e natureza jurídica – educativo-pedagógico – devem ensejar, qual seja: um projeto de vida responsável. E um projeto de vida responsável é fundamentalmente um processo de conscientização do próprio jovem acerca de suas capacidades e potencialidades – isto é, sua educação. Mas, também, é fundamentalmente um estímulo para a própria (re) organização de sua vida-enfim, de suas estruturas cognitivas – ou seja, um processo pedagógico que lhe proporcione um intersubjetividade relacional digna, inclusive, para que possa tornar mais proveitosas as relações interpessoais, mediante a compreensão adequada das regras que presidem toda relação social.

Assim, as peculiaridades que envolvem as aplicações das medidas socioeducativas devem ser observadas com muito mais cautela quando o público corresponder à adolescentes envolvidos com o uso de substâncias entorpecentes.

4 NECESSIDADE DE TRATAMENTO ESPECIALIZADO

A necessidade de tratamento especializado aos adolescentes dependentes químicos foi abordada no trabalho de conclusão de curso apresentado por Nathália Justino, Andrezza Paulo e Juliana Balla¹¹, as quais destacam que o fato de que os tratamentos para dependentes químicos existentes, em sua grande maioria, serem criados para uma população adulta e não pensando na população infanto-juvenil, revela-se como um dos problemas que prejudicam a recuperação das crianças e jovens, e seguem afirmando:

Quando é solicitado dos adolescentes que fiquem abstinentes ao álcool e as drogas no início do tratamento, eles encontram dificuldades porque não conseguem e, muitas vezes, não sabem preencher seu tempo com atividades não relacionadas às drogas.

Diferentemente dos adultos, que já haviam desenvolvido seus papéis na sociedade antes da disfunção causada pelo uso indevido de álcool e/ou drogas, o adolescente ou pré-adolescente sabe, intuitivamente e logicamente, que não pode retornar aos 08 ou 10 anos de idade.

¹¹ JUSTINO, N.; PAULO, A.; BALLA, J. *Uso de drogas na adolescência e família*. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos3/drogas-adolescencia-familia/drogas-adolescencia-familia3.shtml>. Acesso em: 21 mar. 2014.

Portanto, é indiscutível a necessidade de programas de tratamento especialmente desenvolvidos para as faixas etárias mais jovens, uma vez que as necessidades desta população são diferentes dos adultos.

Geralmente as abordagens terapêuticas existentes necessitam ser articuladas, principalmente por partirem da premissa de que não existe um padrão único de usuário/dependente de drogas, da mesma forma que não existe um tratamento único.

Vilma Aparecida da Silva e Hécio Fernandes Mattos¹², sob o tema *Os jovens são mais vulneráveis às drogas?*, destaca os riscos inerentes aos adolescentes, em razão desta fase da vida:

A adolescência é um período da vida em que, naturalmente, há dificuldades para se suportar as recorrentes condições de estresse inerentes a ele. Afinal, há nessa idade uma forte carga de pressão social a exigir que os jovens, ao deixarem a infância, tornem-se menos dependentes de proteção e cuidados. Cabe aos adultos encontrar o ponto exato de equilíbrio para não impedir esse gradativo e necessário processo de autonomia pessoal e, ao mesmo tempo, evitar que em nome de uma pretensa liberdade o adolescente se torne, por exemplo, presa fácil para a droga.

Sobre os fatores que contribuem para o envolvimento dos jovens com drogas os autores seguem¹³:

Falta de relações empáticas e de apoio familiar, pressão do grupo, violência doméstica e a baixa auto-estima têm sido relatados como fatores preponderantes de risco. Por outro lado, fatores como religiosidade, estrutura familiar empática, inteligência, conhecimento sobre os efeitos das drogas e a capacidade de enfrentar situações adversas, por meio de comportamentos mais adaptativos, têm sido citados como fatores protetores, até mesmo quando a oferta das drogas é excessiva e barata. Isso nos leva a refletir sobre a importância de atividades que favoreçam o desenvolvimento dos componentes cognitivos e morais do jovem, sempre por meio de ações preventivas. Nesse aspecto, portanto, cabe um importante papel aos pais, educadores e profissionais de saúde, cuja postura pessoal e profissional deve funcionar, para o adolescente, como um exemplo, um modelo de conduta para se enfrentar conflitos e situações adversas.

Sumarizando: evitar o contato com as drogas durante o período de maior vulnerabilidade dá tempo ao cérebro de completar seu amadurecimento e de serem implementadas medidas de fortalecimento para o enfrentamento de situações ambientais, possibilitando que a pessoa encontre formas alternativas de satisfação na vida, não restritas às drogas. Por essa conjunção de fatores devemos considerar a adolescência como uma etapa a ser, idealmente, protegida dos riscos e do envolvimento com substâncias psicoativas.

¹² SUDBRACK, Maria Fátima Olivier; CONCEIÇÃO, Maria Inês Gandolfo; SEIDL, Eliane Maria Fleury; SILVA, Maria Teresinha da (Orgs.). *Adolescentes e Drogas no Contexto da justiça*. Brasília:Plano Editora, 2003, p 40.

¹³ _____. *Adolescentes e Drogas no Contexto da justiça*. Brasília:Plano Editora, 2003, p 41.

A questão do tratamento aos dependentes químicos, Marco Antônio Bessa¹⁴, enfatiza a questão da necessidade do início do tratamento o quanto antes e delimitação dos objetivos do tratamento:

O uso nocivo ou a dependência de substâncias são transtornos psiquiátricos graves que devem sempre ser tratados. Sabemos que quanto mais precoce é o início do consumo de substâncias, maiores são os riscos de se criar a dependência e de repercussões mais graves na saúde do indivíduo. Portanto, o tratamento também deve ser iniciado de modo mais precoce possível, oferecendo à criança ou ao adolescente a oportunidade de acesso a cuidados especializados e a possibilidade de buscar alternativas mais ricas e saudáveis de se relacionar com o mundo. É preciso que os objetivos do tratamento sejam bem claros e definidos e que se saiba que a abstinência total nem sempre é obtida de imediato e de modo permanente, pois boa parte das vezes consiste em um processo tumultuado, com avanços e recuos.

Como em quase tudo nessa fase da vida, o tratamento para o jovem é uma experiência, um jogo. É uma das características importantes dessa fase é que a expectativa é de se viver o presente, o aqui e o agora. O futuro não é uma variável com muito peso nas tomadas de decisão do adolescente. Por isso, as tentativas de se propor o tratamento com argumentos sobre os prejuízos que as drogas provocam em longo prazo não sensibilizam essa população.

Os autores situam a drogadição como um sintoma e que há a necessidade que a abordagem parta do pressuposto de que o adolescente é um sujeito de direitos e que deve ser estabelecida uma relação de confiança entre os profissionais envolvidos no atendimento e o adolescente dependente químico.

Luiz Fernando Marques¹⁵, no artigo intitulado a Política de redução de danos e sua contribuição à proteção de adolescentes em situação de risco pelo envolvimento com drogas questiona o aumento de usos de drogas entre os jovens no Brasil:

Entre os segmentos jovens do País, verifica-se que a experimentação e o uso de substâncias psicoativas vem crescendo de forma consistente e novas e tradicionais substâncias estão facilmente à disposição dos jovens. Os adolescentes, sobretudo, os provenientes das periferias das metrópoles, estão, cada vez mais, expostos à cultura de violência no tráfico que, muitas vezes, insere-os em sua rede distribuidora.

Como uma das consequências desse fato, verifica-se que para boa parte dos adolescentes infratores o contato com substâncias psicoativas é algo corriqueiro, podendo ser, inclusive, o meio de suas subsistências e de seus familiares. O comércio de drogas confere aos jovens que estão nele inseridos um *status* privilegiado e acena

¹⁴ PINSKY, Ilana; BESSA Marco Antônio (Orgs.). *Adolescência e Drogas*. 2.ed. São Paulo: Contexto, 2009, pp. 141/142.

¹⁵ SUDBRACK, Maria Fátima Olivier; CONCEIÇÃO, Maria Inês Gandolfo; SEIDL, Eliane Maria Fleury; SILVA, Maria Teresinha da (Orgs.). *Adolescentes e drogas no contexto da justiça*. Brasília: Plano Editora, 2003, pp 104/105.

com a possibilidade de uma “carreira” que, embora ilusória, cruel e perigosa, dá-lhes a perspectiva de melhores condições de vida nas favelas brasileiras.

Em seguida o mesmo autor faz uma análise crítica à política na área de drogas no país¹⁶ ao afirmar que a política de drogas aplicada no Brasil segue o modelo americano de “guerra às drogas”:

Entre outras consequências nefastas, esse modelo, além de propor a eliminação das drogas, na prática, incita a intolerância a quem delas se utiliza, o que, em termos práticos, afasta dos serviços de saúde as pessoas mais vulnerabilizadas pelo seu uso.

Tradicionalmente, as pessoas que utilizam substâncias de uso ilícito (e também os acoolistas) são tratados pelos serviços públicos- incluindo os de saúde e as escolas- de forma julgadora e punitiva. Essa atitude, além de marginalizar tais pessoas, tece um véu de “invisibilidade” sobre suas necessidades presentes e potenciais, boa parte das quais, ao eclodirem, transformam-se em problemas e danos de diferentes naturezas. Essa forma de discriminação- além de inconstitucional, portanto ilegal- aumenta a vulnerabilidade, não somente dessas populações, mas de toda a comunidade.

Deve-se destacar a necessidade de se realizar um levantamento da atual política pública de atendimento desenvolvida pelo Estado do Pará no tratamento de crianças e adolescentes dependentes de drogas, na área protetiva e na aplicação de medidas socioeducativas.

Sabe-se que atualmente a maioria dos tratamentos disponibilizados nas redes municipais está centralizado no atendimento ambulatorial, através dos CAPs existentes, entretanto, somente na capital do Estado do Pará é que está em funcionamento o CAPS AD III, instituição do Estado que atende a região metropolitana e municípios do Estado do Pará, conforme a Portaria 130/2012 e Lei nº. 10.216/12, com 12 (doze) leitos, funcionando 24 horas, para repouso e desintoxicação, com tempo de permanência de sete a quatorze dias, sendo que o tratamento não tem como público alvo apenas as crianças e adolescentes.

Assim, é de fácil constatação que o número de vagas é irrisório quando comparado com a população do Estado do Pará de aproximadamente 7.792.561 habitantes.

Algumas clínicas particulares oferecem poucas vagas, em razão da existência de convênios, mas ainda é insuficiente, posto que a demanda é crescente, ainda mais quando se verifica que o consumo de drogas, antes presente com mais destaque nos grandes centros urbanos, está disseminada nos interiores dos Estados.

Recente pesquisa do Conselho Nacional de Justiça, realizada no período de julho de 2010 a outubro de 2011 em que foram visitados 320 estabelecimentos de internação em todo o Brasil, visando estabelecer o perfil dos adolescentes em conflito com a lei no Brasil, conhecer os processos de execução de medida e as condições de atendimento nas

¹⁶ _____. *Adolescentes e drogas no contexto da justiça*. Brasília: Plano Editora, 2003, pp 105/106.

estruturas de atendimento, revelou que 75% dos entrevistados em todo o país afirmaram fazer uso de substâncias entorpecentes.

A região Norte apresentou um índice de 66,7%, dos quais, a grande maioria, 66% faz uso de maconha.

Tal pesquisa confirma a relação existente entre a prática de atos infracionais com o uso de drogas e, consequentemente, confirma a necessidade de que sejam ofertados os tratamentos adequados pelo poder público, seja ambulatorial ou de internação, que garantam a recuperação do adolescente, seja na sua saúde física e psicológica, sem esquecer a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e o melhor interesse do adolescente.

Deve-se destacar que não se está colocando a questão das drogas como a causa da violência, problema que aflige o país de forma assustadora. O uso de drogas e a dependência química é a consequência da omissão do Estado e esta omissão é que tem que ser solucionada para que haja a diminuição da relação entre uso de drogas e práticas de atos infracionais.

Ponto de vista este defendido por Miryam Mager e Eliana Silvestre¹⁷ ao tratar do tema *Mitos e Verdades sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente*:

O problema das drogas é uma questão social e, de fato, atinge uma grande parcela dos adolescentes e, em alguns casos, inclusive crianças. Mas as drogas apenas potencializam a violência que já habita o imaginário social e a própria sociedade de maneira assustadora. Nas ruas, na escola e em casa, a relação entre as pessoas já está contaminada pelo medo e pela paralisia que ele provoca. O medo arma os espíritos e ajuda a propagar a violência da qual se acredita estar protegendo.

A violência social já vigente que impede uma grande parcela de nossos jovens de terem acesso aos bens públicos, como escolas de boa qualidade, oportunidade de habilitação profissional, vagas de trabalho etc.- é muito mais responsável pelos níveis crescentes de violência a que estamos submetidos. Mas a verdadeira causa deles é a inércia do estado e a ausência de políticas públicas assentadas em fundamentos éticos e sociais, que privilegiem como normativas legais os direitos fundamentais e sociais já acordados pela sociedade brasileira.

Interessante mencionar o resultado da pesquisa constante no artigo **O uso de drogas por adolescentes e suas percepções sobre adesão e abandono de tratamento especializado**, realizada por Gabriela Pereira Vasters e Sandra Cristina Pillon¹⁸ em trabalho de conclusão de curso de Mestrado, em que as autoras ressaltam a

¹⁷ PINSKY, Ilana; BESSA Marco Antônio (Orgs.). *Adolescência e Drogas*. 2.ed. São Paulo: Contexto, 2009, pp. 85.

¹⁸ VASTERS, GP; PILLON, SC. *O uso de drogas por adolescentes e suas percepções sobre adesão e abandono de tratamento especializado*. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v19n2/pt_13.pdf. Acesso em: 21 mar. 2014.

necessidade de tratamento especializado aos adolescentes usuários de drogas e os fatores que influenciam o êxito do tratamento:

Fatores relacionados ao tratamento, como equipe multiprofissional adequada ao atendimento de adolescentes, que possibilite o vínculo e acolhimento tanto do adolescente quanto de sua família, favorecendo o envolvimento dessa nas atividades do tratamento, a proposição de atividades mais interessantes e motivadoras aos adolescentes, a presença unicamente de pessoas da mesma faixa etária em tratamento, a localização do serviço especializado (que possibilite o fácil acesso do adolescente) e, ainda, a disponibilidade de horários de acolhimento em períodos considerados “críticos” pelos adolescentes, em relação às drogas (como noites e finais de semana), foram apontados como facilitadores à maior adesão ao tratamento.

Considerando-se os aspectos apresentados, relacionados às drogas, alguns podem ser contemplados na abordagem com o adolescente em tratamento, como a possibilidade de se trabalhar junto ao adolescente aspectos como a organização das atividades do cotidiano, as estratégias de enfrentamento de situações de conflito e manejo dos próprios sentimentos, a configuração de rede de relações mais saudáveis e, ainda, refletir com o adolescente sobre suas perspectivas e projetos de vida que podem incluir os aspectos relacionados à

educação, trabalho e formação pessoal.

Nesse contexto de serviço ambulatorial especializado, o profissional de enfermagem é de fundamental importância, dentre outros papéis, como o de profissional de referência e maior vínculo para determinados usuários do serviço. Sendo assim, é extremamente relevante que conheça as demandas próprias da adolescência, especialmente no que diz respeito à relação com as drogas, e que possua habilidade para trabalhar junto ao adolescente os diferentes aspectos de sua vida.

Alguns Estados do Brasil, como o Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro,¹⁹ vem adotando o programa de Justiça Terapêutica que visa atender o público envolvido com o uso de drogas e prática de infração penal, tendo como foco principal o tratamento e a cura do adolescente autor de ato infracional ou adulto que violou a lei penal envolvidos com drogas.

O tratamento é determinado por ordem judicial, evitando a prisão ou instauração de processo de usuário ou dependente químico através do encaminhamento para tratamento especializado, ressaltando-se as peculiaridades adotadas em cada Estado que implementou tal programa.

Há críticas a este modelo, podendo-se destacar o fato da determinação de internação compulsória para o tratamento, haja vista que a não aceitação do tratamento pode ensejar a instauração de processo judicial ou até mesmo a prisão do usuário/

¹⁹ ALEIXO, Klélia Canabrava. *Ato Infracional- Ambivalências e Contradições no seu Controle*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 89.

dependente. Com efeito, a escolha, muitas vezes, acaba sendo viciada em razão do temor em responder uma ação penal ou procedimento de apuração de ato infracional.

Para os críticos da Justiça Terapêutica há ofensa ao direito de liberdade de escolha.

Interessante a abordagem realizada por klélia Canabrava Aleixo²⁰:

É comum a associação entre o uso de drogas e a prática de atos infracionais por adolescentes. O envolvimento com drogas é frequentemente apontado como motivação do adolescente para a violação da lei penal.

Destaca-se que à característica de jovem pobre agrega-se a de usuário de drogas. Há, pois, um duplo indicador de risco do cometimento de infrações penais. É sobre esse grupo, que configura duplo risco, que a Justiça Terapêutica irá incidir.

Através do acompanhamento do adolescente usuário/dependente de drogas pelo juiz, pelos psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais que compõem a equipe técnica é possível viabilizar um controle muito mais abrangente e difuso do que o exercido apenas pela justiça. Esse reforço é necessário para dar conta de alguém mais do que perigoso, vez que além de jovem, pobre e infrator, ele é também usuário de drogas!

O seu acompanhamento individual pode ensejar a manipulação de seu corpo, com vistas a discipliná-lo. De outro lado, os jovens infratores também são atingidos enquanto grupo pelo programa da Justiça Terapêutica que atua no sentido de assegurar a vida sã da população eliminando o que ameaça o pleno funcionamento de sua existência.

Apesar dos argumentos apresentados em críticas à Justiça Terapêutica, conforme apresentados acima, reduzir a sua aplicação ao entendimento de que serviria apenas para atingir a população jovem, pobre, envolvida com ato infracional e usuária/dependente química, com o intuito de limpeza social, haja vista o risco que oferecem ao resto da população, seria desconsiderar que muitos jovens envolvidos com a prática de atos infracionais e, sem poder aquisitivo para o custeamento de um tratamento particular, poderão ter acesso a um tratamento especializado e poderão ter a oportunidade de resgatar a sua cidadania, saúde física e mental.

A situação atual do Estado do Pará renega a esses jovens tal oportunidade, uma vez que não há uma política de atendimento articulada em rede da infância e juventude que atenda tal demanda na fase protetiva e nem aos adolescentes já autores de ato infracional.

É lógico que os jovens pertencentes a uma classe social mais favorecida podem, pelo menos, gozar da oportunidade de serem encaminhados por suas famílias a um tratamento em clínicas particulares e receberem atendimento médicos de alta qualidade.

Oportunidade é a palavra-chave. O Estado deve pelo menos oferecer a oportunidade de tratamento às crianças e adolescentes usuários/dependentes de drogas.

Não há dúvidas que os adolescentes já envolvidos com a prática de atos infracionais irão sofrer um preconceito dobrado, haja vista que além de serem vistos

²⁰ Ibid., p. 92.

como “drogados” são taxados de marginais, o que dificulta ainda mais o tratamento. Além dos riscos de sofrerem uma retaliação, como linchamentos e agressões por parte de policiais e população em geral.

Assim, o que deve prevalecer é a disponibilização de tratamento, seja ambulatorial ou de internação, o que dependerá da avaliação clínica especializada.

Outras políticas públicas devem ser desenvolvidas paralelamente ao tratamento, o que depende também do fortalecimento do trabalho de todos os integrantes da Rede de Atendimento à Criança e ao Adolescente, devendo-se destacar o acompanhamento da frequência escolar, programas de apoio ao fortalecimento dos vínculos familiares e geração de renda, atendimento psicossocial, atividades de lazer, cultura e esporte.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, não é necessário realizar um estudo profundo para constatar que o atual cenário das políticas públicas de atendimento à criança e adolescentes paraenses dependentes de drogas não está cumprindo como papel a que se propõem, descumprindo os princípios de Prioridade Absoluta e Proteção Integral que norteiam os direitos da criança e do adolescente.

Os serviços disponibilizados no Estado do Pará são insuficientes, o tratamento ambulatorial presente na maioria dos municípios é ineficaz nos quadros de dependências mais graves e as poucas vagas públicas disponibilizadas para internação na capital do Estado não é capaz de atender as demandas, o que prejudica a eficácia das aplicações das medidas protetivas e medidas socioeducativas aos usuários e dependentes químicos.

Situação mais grave quando atinge o universo de adolescentes já envolvidos com a prática de atos infracionais e que são submetidos às medidas sócioeducativas, muitas vezes inócuas, posto que não são acompanhadas do tratamento de desdrogadição. Assim, sem pelo menos a oferta, posto que a questão da obrigatoriedade do tratamento envolve outras discussões, do tratamento adequado é muito mais alta a probabilidade de que o adolescente volte a se envolver na prática de atos infracionais, seja em decorrência dos efeitos do uso da droga seja para garantir recursos econômicos para a aquisição da substância ilícita.

Dentre os diversos fatores que se pode destacar para o êxito no tratamento dos adolescentes usuários/dependentes de drogas estão: o estabelecimento de vínculos entre o público alvo e os profissionais envolvidos no enfrentamento da drogadição e do ato infracional construa vínculos afetivos com os adolescentes; a criação de programas públicos voltados a crianças e adolescentes drogaditos, que envolvam não só o atendimento ambulatorial, mas também a internação quando esta se mostrar necessária; o acompanhamento familiar e inserção em programas de geração de renda;

o acompanhamento escolar e a oferta de cursos de capacitação, para a inserção gradual no mercado de trabalho.

Infelizmente, enquanto não houver o respeito ao princípio da proteção integral e garantia de acesso das crianças e adolescentes ao tratamento de desdrogadição, permanecerá a violação de direitos, a marginalização e morte prematura da população infanto-juvenil, vítimas da venda e uso indiscriminados de drogas.

ABSTRACT: The study analyzes the situation of children in conflict with the law dependent on narcotics and subjected to educational measures for judicial determination substances. Seeks to analyze the inefficient rule of educational measures applied to adolescents involved with drugs without performing the treatment and rehabilitation, a situation that is currently set in the state of Pará, on the grounds of not offering sufficient and suitable place for that purpose vacancies. Thus, the chemical dependent adolescent offenders in the State of Pará suffer violation of the right to receive treatment and rehabilitation, since the service currently offered is mostly outpatient and the number of places available for admission are unable to attend sufficiently, demand throughout the State of Pará.

KEYWORDS: Adolescence, public policies, drug-addiction and infrational act

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klelia Canabrava. *Ato Infracional: ambivalência e contradições no seu Controle*. Curitiba: Juruá, 2012.

CAZETA, Ubiratan. *Direitos humanos e federalismo: o incidente de deslocamento de competência*. São Paulo: Atlas, 2009.

CURY, Munir (org.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DUPRET, Cristiane. *Curso de direito da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Jus, 2010.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1994.

GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GONÇALVES, Maria Dinair Acosta Gonçalves. *Proteção integral: paradigma multidisciplinar do direito pós-moderno*. Porto Alegre: Alcance, 2002.

JESUS, Maurício Neves de. *Adolescente em Conflito com a Lei: prevenção e proteção integral*. Campinas: Servanda, 2006.

JUSTINO, N.; PAULO, A.; BALLA, J. *Uso de drogas na adolescência e família*. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos3/drogas-adolescencia-familia/drogas-adolescencia-familia3.shtml>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

LIBERATI, Wilson Donizete. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MACEDO DE, Renata Ceschin Mel. *O Adolescente Infrator e a Imputabilidade Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PINSKY, Ilana; BESSA Marco Antônio (Orgs.). *Adolescência e Drogas*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2009.

PIOVESAN, Flávio. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas sócioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2006.

ROCHA, Simone Mariano. *Adolescência, uso de drogas e ato infracional*. Disponível em: http://www.mp.rn.gov.br/caops/caopij/doutrina/doutrina_ato_infracional_drogas>. Acesso em: 21 mar. 2014.

ROSA, Alexandre Moraes da Rosa. *Introdução crítica ao Ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o mito da impunidade: um ensaio do direito (penal) juvenil*. Brasília: Saraiva, 2002.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei*: da indiferença à proteção integral : uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SUDBRACK, Maria Fátima Olivier; CONCEIÇÃO, Maria Inês Gandolfo; SEIDL, Eliane Maria Fleury; SILVA, Maria Teresinha da (Orgs.). *Adolescentes e Drogas no Contexto da justiça*. Brasília: Plano Editora, 2003.

VASTERS, GP.; PILLON, SC. *O uso de drogas por adolescentes e suas percepções sobre adesão e abandono de tratamento especializado*. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v19n2/pt_13.pdf. Acesso em: 21 mar. 2014.

REFLEXÕES SOBRE A LEI 13.146, A CONCEPÇÃO DE DEFICIÊNCIA E CAPACIDADE LEGAL, E OS INSTITUTOS DA CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA

WALDIR MACIEIRA DA COSTA FILHO¹

RESUMO: O presente artigo procura refletir sobre as novidades trazidos pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão), baseada na Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, referentes a capacidade legal, aos institutos da Curatela ou Interdição, e o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, e as alterações produzidas no Código Civil Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: Lei 13.146/2015. Convenção da ONU – Deficiência. Direito à inclusão social. Interdição. Curatela.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A LEI 13.146, A CONCEPÇÃO DE DEFICIÊNCIA E CAPACIDADE LEGAL, INCAPACIDADE E OS INSTITUTOS DA CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA. 3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, A LEI 13.146/2015 E A CURATELA. 4 O PROJETO DE LEI DO SENADO N. 757/2015 (ALTERAÇÃO PREVISTA NA LBI, CÓDIGO CIVIL E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). 5 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

Muitas expectativas são criadas sobre novas determinações normativas acerca de ações afirmativas à pessoa com deficiência. Não é diferente em relação ao Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira da Inclusão (LBI). O fato de o Estado legalmente adotá-las, se, por um lado, parece demonstrar o cuidado institucional para com as necessidades especiais dessas pessoas com impedimentos físicos, sensoriais, mentais e intelectuais, por outro, também requer uma análise mais profunda e cuidadosa da forma como essa política poderá encontrar aplicação. Tentaremos fazer essa

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará, Titular da 1a. Promotoria de Justiça de Defesa do Idoso e Pessoa com Deficiência da Capital. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade de Brasília – UNB. Membro titular do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE) junto à Secretaria de Direitos Humanos - SDH. Membro do Grupo de Trabalho dos Direitos das Pessoas com Deficiência (GT-7) da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP.

reflexão aqui, ao lado da inovação legislativa trazida para os institutos da incapacidade, interdição e tomada de decisão apoiada. Não basta, é claro, a adoção formal de uma nova política de inclusão, é também necessário implementá-la de forma consistente. A consistência de uma política de direitos humanos voltada às pessoas com deficiência só pode ser efetivamente alcançada mediante o constante acompanhamento crítico de sua implementação, junto com os estudiosos da área, e as instituições e membros da sociedade civil organizada, através de seus conselhos e entidades representativas, pois só assim os problemas de percurso podem ser identificados e, com isso, buscar-se tratá-los da forma adequada.

Verifica-se, assim, que após o advento da Constituição de 1988, com os novos princípios e regras fundamentais encartados nesta, começou a ser discutido doutrinariamente a necessidade de uma revisão da teoria das incapacidades. Esta discussão ficou mais intensa principalmente com a decepção das mudanças esperadas e não contempladas, como alguns equívocos trazidos, pelo Código Civil de 2002, que não se adequou a ideologia constitucionalmente adotada, principalmente o atendimento aos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade material, Liberdade e dos respectivos direitos da personalidade.

Muitos autores civilistas, entre eles, Gustavo Tepedino², Nelson Rosendal³ e Pablo Stolze⁴ já vinham sinalizando em artigos e em livros, após o advento do Código Civil de 2002, a necessidade de se rever os critérios antigos da teoria da incapacidade e consequentemente o instituto da interdição por ferirem princípios constitucionais acima citados. Com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2006, e que foi recepcionada com efeitos de emenda constitucional em nosso ordenamento jurídico por força do decreto Legislativo 186 em 2008, essa necessidade de revisão dos dispositivos da incapacidade e interdição no Código Civil, e legislação correlata, se tornou imprescindível, conforme se vê de alguns pronunciamentos abaixo:

Sob este prisma é que se revela necessária a reforma da teoria das incapacidades, colocando o ser humano no epicentro desta relação e regulando sua proteção de forma a viabilizar o exercício pelo mesmo dos seus direitos fundamentais, garantindo-lhe uma vida pautada pela dignidade e respeito” (Oliveira, 2014⁵).

² TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo código civil*: Estudos na perspectiva civil constitucional, Rio de Janeiro. Renovar, 2002.

³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil* : Teoria Geral. [8a ed]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 42 p.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral*, v. 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 169.

⁵ OLIVEIRA, Wanderson Marquiori Gomes de. *A necessária revisão da teoria das incapacidades*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28427/a-necessaria-revisao-da-teoria-das-incapacidades>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

A interdição das pessoas incapazes e a instituição da curatela estão entre os mais antigos institutos jurídicos. No decorrer do tempo, a curatela serviu como uma ferramenta voltada para a proteção do interesse patrimonial e a salvaguarda da sociedade do curatelado, muitas vezes subjugando-o ou excluindo, em termos práticos, o exercício de sua personalidade e a sua chance de plena convivência social. Entretanto, o reconhecimento da dignidade como valor fundamental, inerente à pessoa humana e a humanização das relações sociais e jurídicas, denunciaram a insuficiência dos institutos citados e a necessidade de profundos ajustes. Medidas voltadas para o reconhecimento da vontade do curatelado, a limitação dos efeitos da curatela e a excepcionalidade na decretação da interdição mostraram-se como exemplos da evolução histórico-doutrinária por que vem passando esses institutos. Tudo sob os auspícios dos documentos internacionais de promoção dos direitos humanos e do movimento de constitucionalização das relações privadas” (MENEZES; CORREIA NETO, 2014⁶)

É importante notar que a Constituição Federal em seu art.5º. § 1º, diz que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, diante disso o princípio fundamental da dignidade poderia ser aplicado diretamente a uma situação envolvendo relações privadas, familiares e principalmente envolvendo o direito a personalidade, e feitos judiciais que discutem essas relações, como é o caso das curatelas ou interdições. Em virtude disso, vários julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) fizeram esse diálogo direto entre os princípios e os casos concretos, ou fazendo uma ponte entre o dispositivo constitucional, a norma infraconstitucional e o caso concreto, como foi o caso decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 que reconheceram a união estável nas relações homo afetivas e que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo feriria os princípios da igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, determinando a decisão do STF que se aplicasse a esses casos o regime jurídico das uniões estáveis previstos no art.1.723 do Código Civil.

Desta forma a Constituição, ao jungir os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e liberdade como balizadores do estado democrático de direito brasileiro, cabendo inclusive a aplicação desses princípios, também considerados preceitos fundamentais, diretamente aos casos concretos, trouxe a necessidade de políticas ou ações de inclusão para grupos vulneráveis e discriminados, como o da pessoa com deficiência. Era premente e necessário, na seara civil e dos direitos da personalidade, que

⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de; CORREIA NETO, Jäder de Figueiredo. *Interdição e curatela no novo CPC à Luz da dignidade da pessoa humana e do direito civil constitucional*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50deca7a25c4>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

se revisasse a teoria das incapacidades concebida no Brasil ainda com base no vetusto Código Civil de 1916 e que se repetiu no de 2002.

No aspecto das pessoas com deficiência isso ficou mais visível e necessário com o advento da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU de 2006, tratado internacional que foi recepcionado como emenda constitucional no ordenamento jurídico brasileiro após o Decreto Legislativo n.186 de 2008, quando inseriu os princípios da autonomia e capacidade das pessoas com deficiência, colocando a interdição como instrumento extraordinário e com alcance limitado aos atos patrimoniais e negociais das pessoas com deficiência, resguardando demais direitos como o de votar, casar e trabalhar.

Com a discussão do projeto de lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que na época do advento da Convenção estava em tramite no Congresso, começou-se a pensar em inserir estas mudanças em definitivo em nossa seara jurídica. Houve por bem então formar-se um grupo de trabalho interinstitucional para apresentar um substitutivo aquele projeto original do estatuto e trazer a este projeto os ares novos, inclusivos e libertários da Convenção. O substitutivo deste grupo de trabalho, coordenado pela Secretaria de Direitos Humanos (SDH)⁷, o qual este autor participou, foi entregue em sessão solene, em junho de 2014, aos presidentes do Senado e Câmara dos Deputados, e foi então incorporado ao projeto, que foi modificado e rediscutido pelas duas casas legislativas, dando origem e aprovação a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, lei 13.145/2016, que, no aspecto dos direitos da personalidade e capacidade mudou o contido no Código Civil Brasileiro.

Assim, a LBI, por força da Constituição e da Convenção, trouxe um novo paradigma para a teoria das incapacidades, ao garantir as pessoas com deficiência o reconhecimento de suas habilidades e capacidades, oportunizando sua autonomia e o seu reconhecimento humano, o que nas legislações anteriores era desvirtuado.

Conforme diz Maria Tereza Égler Mantoan⁸, em artigo recente: Historicamente, a deficiência foi por muito tempo entendida, do ponto de vista exclusivamente médico, como sinônimo de anormalidade do “portador” dessa deficiência. O remédio, nesse caso, quando existe, é a cura da deficiência; e seu agente, um profissional da saúde. Esse modelo de deficiência promove a “acomodação” da anormalidade da pessoa e a encerra na sua incapacidade de viver, em um mundo social e físico que não mudam – escolas especiais, confinamento na própria casa,

⁷ GILLET, Edson. *BRASÍLIA: MPE participa da entrega da proposta que cria o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <<http://mp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/100548053/brasilia-mpe-participa-da-entrega-da-proposta-que-cria-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

⁸ CARTA da Profa. Mantoan aos Senadores. (Publicado por Meire Cavalcante em 07/11/2013 - Inclusão Já!). Disponível em: <<http://inclusaoja.com.br/category/opiniao/maria-teresa-mantoan/>>. Acesso em: 5 fev. 2016.

família, limitações de todo nível, expectativa muito baixa para o futuro, solidão, tutela por incapacidade. O desafio da inclusão na escola e no mundo se origina de um quadro situacional que nos coloca em crise, pois é novo e implica em um reposicionamento de nossas idéias, de nosso comportamento diante da deficiência e da diferença. Antes de percebermos esse desafio, estávamos todos, de certo modo, resignados diante da deficiência, tratando-a segundo as formas mais excludentes de atuação e considerando a diferença como imutável, definitiva, sem alternativas. Tinha sentido, então, tratarmos “pessoas diferentes” diferentemente (...)No pensamento inclusivo, a deficiência é sinônimo de “diferença” e tem a ver com o reconhecimento de que somos seres que encerram possibilidades, as quais não são definidas, a priori, por diagnósticos de desenvolvimento, porque a diferença é sempre um devir

Desta forma a transformação que se dá neste modelo social da deficiência e, mais recentemente, o modelo de interpretação da deficiência com base nos Direitos Humanos, principalmente a Convenção Internacional acima citada, nos direciona para um desenvolvimento substancial de pensamento e planos de ação inclusivos que envolvam e comprometam a todos da sociedade, sem estigmas de diferença.

A partir da LBI não devíamos falar mais em interdição, como Pablo Stolze⁹ cita, mas em curatela, em medidas protetivas restritas a atos negociais e patrimoniais, resguardando- se demais direitos das pessoas com de deficiência.

Ocorre que dentro da ficção jurídica, da abstração, é possível sustentarmos isso; mas na prática temos que nos defrontar com a dura realidade que envolve e atinge as pessoas com deficiência e ainda aquelas que, mesmo sem deficiências, não tem como exprimir suas vontades, como idosos senis e pessoas com enfermidades graves e incapacitantes.

Assim devemos refletir que, mesmo com as alterações em relação as incapacidades absolutas, existirá casos excepcionalíssimos de aplicação da interdição extrapatrimonial a pessoas com deficiência efetiva e comprovadamente impedidas em todos os seus sentidos e nos atos de exercício da cidadania. Nestes casos excepcionais não podemos simplesmente fazer uma interpretação literal da lei, não cabendo a aplicação da norma a uma leitura pura e simples do dispositivo legal, pois o direito, por ser mutável, e flexível no tempo e no espaço, irá se adequar as necessidades da sociedade de seu tempo e ao ambiente em que vigora, caso contrário não terá sentido nem aplicação. Diante disso teremos que nos utilizar dos vários métodos de interpretação jurídica, desde o semântico, passando pelo sistemático, o histórico, o teleológico, o integrativo e o progressivo, para

⁹ STOLZE, Pablo. É o fim da interdição? Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

acharmos a melhor forma de aplicar a norma ao caso concreto, seja para garantir a autonomia e/ou a proteção da pessoa com deficiência.

Um ponto também importante é buscar no diálogo das fontes uma comunicação e integração dos princípios e normas do direito civil com os princípios e normas da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pilar da LBI, para uma concretude e eficácia dos direitos das pessoas com deficiência. Segunda essa teoria, desenvolvida pelo alemão Erik Jayme, e trazida ao Brasil pela jurista Claudia Lima Marques¹⁰, as normas jurídicas não se excluem, mesmo pertencendo a ramos jurídicos distintos, mas se complementam, pois, o ordenamento jurídico é uno. A crise da pós-modernidade mudou o direito, transformando-o num pluralismo de normas e destinatários dela, o que faz com que necessitemos interpretá-las e aplicá-las de maneira integrada, inclusive com os princípios constitucionais, basilares de nosso Estado Democrático de Direito.

2 A LEI 13.146, A CONCEPÇÃO DE DEFICIÊNCIA E CAPACIDADE LEGAL, INCAPACIDADE E OS INSTITUTOS DA CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A personalidade é um atributo do homem de adquirir direitos e assumir deveres no mundo jurídico, e está inserido não somente no Código Civil e legislação correlata, mas está embutido também nos direitos constitucionais, principalmente nos direitos à vida, liberdade e igualdade, e no princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, no dizer de Maria Helena Diniz¹¹, os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis. É o direito da pessoa de realizar sua própria defesa contra tudo e contra todos, primordialmente na defesa de sua vida, honra, identidade, liberdade, imagem, corpo, privacidade, nome, etc.

Esta pessoa, homem ou mulher, que tem personalidade, é um ser social por excelência, e na dinâmica das relações sociais ele assume obrigações e efetiva direitos, estando muitas vezes como sujeito passivo e outras vezes como sujeito ativo das relações jurídicas e patrimoniais. Neste aspecto a pessoa precisa ser capaz para exercer por si só estes direitos e assumir responsabilidades por seus atos nessas relações jurídicas-econômicas. Para a já referida Maria Helena Diniz, a capacidade é a “medida jurídica da personalidade”. Claro que a capacidade de direito todos nós (seres humanos) temos

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: Teoria geral do direito civil*. 31ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.131 a 135.

quando nascemos, porém, nem todos têm a chamada capacidade de fato para realizar todos os atos da vida civil, pois esta capacidade de fato exige discernimento e consciência dos atos a serem praticados, pois estes terão efeito no mundo jurídico, seja para a própria pessoa que pratica o ato como a terceiros.

A lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência, além de trazer novos institutos jurídicos relativos a concepção de deficiência, capacidade legal, avaliação psicossocial e acessibilidade, promoveu ainda alterações em diversas normas nacionais em suas disposições finais e transitórias, mas as alterações no Código Civil definidas nos arts.114 a 116 foram de uma intensidade que criaram um novo horizonte na teoria das incapacidades e no instituto da interdição ou curatela.

Seguindo a intenção precípua de efetivar muitos princípios e regras trazidas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a LBI procura fazer um giro linguístico e conceitual ao adotar o modelo biopsicossocial de deficiência, ao direcionar que os impedimentos físicos, sensoriais, mentais e intelectuais não produzem obstáculos por si só, e sim que estas barreiras que impedem o exercício de direitos são produzidos socialmente, sendo fundamental estratégias políticas, jurídicas e sociais que excluam esses obstáculos e discriminações negativas permitindo aos deficientes demonstrar suas capacidades e usufruir de autonomia e independência para uma real inclusão social.

Como então a deficiência não é sinônimo de incapacidade e limitação, fenômenos estes produzidos socialmente, consagra a LBI, a partir de seu art.84, que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, e somente terá restringido esse exercício de seus direitos por si próprio em situações excepcionais, através da curatela ou do instituto novo da Tomada de Decisão Apoiada. E é bom frisar que nestes dois institutos a intenção será sempre proteger a pessoa com deficiência quando extraordinariamente a mesma estiver em dificuldade, mesmo garantido a igualdade de condições com as demais pessoas, de realizar algum direito.

Dessa forma, como diz o civilista Nelson Rosenvald¹², a teoria das incapacidades não foi eliminada, foi apenas mitigada pela LBI, por força dos princípios oriundos da Constituição e da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, e preleciona:

Cumprirá ao magistrado criar um projeto terapêutico individualizado, com regras específicas voltadas àquela pessoa, no qual serão definidos quais atos e atividades serão objeto de preservação de autonomia; em quais situações a pessoa será assistida e, finalmente, as hipóteses em que será representada. (...) A teoria das incapacidades legitimamente pressupõe que alguém vulnerado em sua autodeterminação possa ser amparado nas

¹² ROSENVALD, Nelson. *Contagem Regressiva para o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/#!Contagem-Regressiva-para-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Deficiencia/c21xn/5679a50c0cf203da56e891f2>>. Acesso em: 5 fev. 2016.

decisões patrimoniais, mas isso não implica automaticamente em privação do autogoverno no plano íntimo da sexualidade, vida familiar e diversas outras formas de expressão que transcendem o campo econômico.

Após o advento da LBI, não podemos admitir mais que somente a determinação judicial da curatela seja por si só a medida suficiente para proteger a pessoa com deficiência. A equipe multiprofissional, essencial no apoio técnico ao juiz e ao representante do Ministério Público, deve analisar detalhadamente todos os aspectos do caso concreto, e propor medidas ao juiz do feito que concretizem e possibilitem ao máximo de o exercício por si só de várias atividades pela pessoa com deficiência objeto da ação, a fim de exerça a maioria do de seus direitos fundamentais. Sejam medidas temporárias ou permanentes que possibilitem a essa pessoa interditada o usufruto da maioria dos bens e serviços a disposição dos demais cidadãos, inclusive a autodeterminação.

Os artigos 114 a 116 da LBI trouxeram modificações substanciais no Código Civil para fazer valer estes novos institutos da capacidade legal e da tomada de decisão apoiada e da nova concepção de curatela. Primeiramente retirou as pessoas com deficiência, inclusive as mentais e intelectuais, do rol dos absolutamente incapazes, remetendo-os para o rol dos relativamente incapazes, a partir de nova redação do art.4º combinado com as alterações procedidas nos arts.3º., 4º, 228, 1518, 1550, 1557, 1767, 1769, 1771 a 1777, todos do Código Civil. Dessa forma as pessoas com deficiência, ordinariamente, só seriam interditadas em relações aos atos negociais e patrimoniais, mantendo-se as faculdades suas para casar, trabalhar, testemunhar, votar e praticar outros atos da vida diária.

Esclareça-se que a interdição, nessa nova concepção, está balizada num laudo multiprofissional, que extrapola a perspectiva única da medicina, e incorpora uma perspectiva social da deficiência, a partir de diagnósticos trazidos por outras ciências: como a assistência social, a psicologia, a arquitetura, a engenharia, entre outras, para certificar os limites e parâmetros daquela intervenção temporária, mas necessária naquele momento para garantir proteção a pessoa com deficiência. Importante também que esses profissionais que produzirem o laudo multiprofissional tenham conhecimento e/ou experiência na deficiência do interditando.

A interdição é, no dizer de Washington de Barros Monteiro¹³, o encargo deferido por lei a alguém para reger a pessoa e administrar os bens de outrem, que não pode fazê-lo por si mesmo. É instituto de proteção aplicado a menores de 16 anos, pessoas com deficiência consideradas incapazes, ébrios, toxicômanos e pródigos. A LBI em seu art.114 a 116 restringiu a interdição das pessoas com deficiência a tão somente aqueles com deficiência ou doença mental grave e os retirou da lista dos absolutamente

¹³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 2.

incapazes os colocando para a lista dos relativamente incapazes. Obviamente, tratando-se a interdição de medida protetiva, que em casos excepcionais, de pessoas com deficiência grave, desprovidas totalmente de discernimento e possibilidades de exercício de todos os seus direitos, como uma pessoa em estado vegetativo prostrado em uma cama hospitalar, sem condições de exprimir nenhuma vontade, teremos em um processo de interdição de considerá-la, em alguns casos, como absolutamente incapazes (como já dito acima) a partir de uma interpretação sistemática e integrativa e levando em conta os direitos humanos e os princípios constitucionais.

Já a tomada de decisão apoiada, criação da LBI a partir do seu art.116 e do art.12 da Convenção (CDPD) já não restringe o exercício dos direitos da pessoa com deficiência, mas se trata de uma salvaguarda para que aquela pessoa, em situação pontual, principalmente em casos que necessite contratar, negociar ou transigir com terceiros, sejam pessoas físicas ou jurídicas, ou seja, tomar uma decisão importante em que a sua situação de hipossuficiência possa interferir negativamente naquele ajuste, não seja prejudicada. Para isso pode ela dispor e indicar duas pessoas de sua confiança para orientá-la e acompanhá-la na realização de atos da vida civil, fornecendo estes auxiliares, a qual mantém vínculos afetivos ou profissionais, os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. Estes auxiliares ou acompanhantes na tomada de decisão deverão assumir compromisso formal perante a Justiça e prestar contas na mesma forma preconizada na interdição, sob pena de destituição e responder por danos na esfera cível e penal.

Necessário frisar que os dois institutos estarão sempre adstritos a um processo judicial. Sendo que agora a interdição poderá ser promovida não só pelo cônjuge e familiares, mas pelo próprio interditando, restringindo-se as hipóteses de intervenção do Ministério Público, como autor, a tão somente os casos de deficiência mental ou intelectual. Já a tomada de decisão, prescrita no novo art.1783-A do Código Civil, será somente intentada por ação do próprio interessado com deficiência, já que este, neste caso, estará na plenitude de sua capacidade.

Importante ressaltar que a LBI não extinguiu o instituto da incapacidade, que continua a existir, porém em situações excepcionais, e em consonância aos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade preconizadas na Constituição Federal e aos ditames da CDPD. Capacidade é regra, incapacidade é exceção. Também importante ressaltar que a partir do prelecionado nos arts. 198, I e 208 do Código Civil, a prescrição e a decadência correrão contra a pessoa com deficiência interditada, o que não ocorria antes do advento da LBI. A partir da vigência dos novos dispositivos do Código Civil inseridos pela LBI aquelas pessoas com deficiência interditadas, serão consideradas juridicamente “relativamente capazes”, pois a capacidade relativa impede somente o sujeito de realizar os negócios jurídicos sem a assistência do curador nomeado judicialmente. Existem atos porém que poderá exercer por si só sem a presença ou aval do curador, como votar, casar, trabalhar, e ainda, o testamento (art.1860, parágrafo único,

CC), servir de testemunha (não estão mas as pessoas com deficiência no rol do art.228, CC), pois a pessoa relativamente capaz não é desprovida totalmente de discernimento, tanto que os atos praticados na ausência do curador serão anuláveis e não mais nulos, aplicando-se o disposto no art.171, I, do Código Civil. Outro fato é que nestes casos não incidirá o benefício da suspensão da prescrição e decadência, que se aplicam somente aos absolutamente capazes.

A partir do advento da LBI o juiz está obrigado a definir na sentença os limites da curatela, especificando quais as restrições no exercício dos direitos pela pessoa com deficiência interditada, baseado principalmente na avaliação da equipe multiprofissional. Estas restrições em geral, nos quais precisará do curador, serão para os atos negociais e patrimoniais e aqueles descritos no art.1.782 do Código Civil, como emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado. O art.87 da LBI define que em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, o juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, poderá adiantar estes limites ao curatelando e nomear, desde logo do recebimento da petição inicial com as provas indiciárias, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), principalmente os seus arts.747 a 763 que tratam do procedimento da curatela e tutela. A curatela é medida tomada no interesse do interditado, ao qual se aplicam as regras relativas à tutela por força do disposto no art. 1.774 do CC/2002.

A sentença de interdição tem natureza declaratória e efeitos *ex tunc*, retornando seus efeitos antes da data da sentença, e até mesmo da ação, atingindo os atos praticados desde o momento em que comprovadamente o interditado passou a ter comprometimento em seu discernimento e limitação no exercício de seus direitos por si só. A jurisprudência é uníssona neste sentido, como vemos dos acórdãos abaixo:

Processual civil. Civil. Ação de Interdição. Procedência parcial. Efeitos imediatos da sentença. Art.1.884 do CPC c/c art.1773 do CC. São imediatos os efeitos da sentença que declara a interdição (TJMG, Ap. Cível n. 1.0024.04.436132-7/002(1), rel. Manuel Saramago, j.18.06.2009). (...)

Embargos à execução. Interdição. Efeitos *ex tunc*. Art.1.184 CPC. Sentença de interdição. Retroatividade. Prova de incapacidade a alcançar a época da emissão de notas promissórias. Dívida sem comprovação. Prova pericial. Nulidade dos títulos exequendos. Negaram provimento à apelação. (TJRS. Ap. Cível, n. 70.022.419.766, 19ª. Cam. Cível, rel. Mylene Maria Michel, j. 01.07.2008).

Já é também assente na doutrina e jurisprudência que a ordem de legitimados para o ajuizamento da curatela não é preferencial, pois a enumeração dos legitimados pelos arts. 747 do CPC e 1.768 do CC é taxativa, mas não é preferencial. Assim, mesmo com as alterações normativas trazidas pela LBI, a legitimação continuará a ter caráter

concorrente, não sendo a propositura da ação prerrogativa de uma única pessoa. Mais de um legitimado pode requerer a curatela, formando-se um litisconsórcio ativo facultativo. Por exemplo, tanto a mãe como o pai, ou mesmo mais de um parente, podem propor a ação, cabendo ao juiz definir ao final, depois de ouvir o curatelando, o Ministério Público e a equipe multiprofissional, quem vai exercer o encargo. Outra ponto é que poderemos ter um ou mais curadores, o que antes não era possível. Assim pai e mãe, por exemplo poderão exercer simultaneamente a curatela de seu filho com deficiência, com deveres mútuos de prestação de contas à Justiça e ao Ministério Público.

É bom destacar que no art. 1.775 do CC, as pessoas habilitadas para promoverem a ação não são necessariamente as mesmas das habilitadas para exercerem a curatela sobre o interditando. Essas duas legitimidades obedecem apenas a uma ordem taxativa, mas não preferencial e absoluta, pois caberá ao juiz analisar cada caso concreto e aplicar o melhor para o interditando.

Outra questão a ser observada é que as interdições já declaradas por decisão judicial e transcritas nos registros públicos não serão automaticamente alteradas por força da nova lei, será necessário que o interessado requeira isso perante a autoridade judiciária competente, a qualquer tempo, nos próprios autos da interdição ou em nova ação, seja para levantamento da interdição, a revisão com novos critérios e limites da curatela e/ou a substituição da interdição pela tomada de decisão apoiada. Inclusive esse pedido por ser também feito ao representante do Ministério Público, para que nos casos em que tenha sido autor da curatela, peça a modificação dos efeitos da sentença.

Existem questões mais delicadas, como a referenciada por Daniel Souza Campos Miziara¹⁴ que ocorria muitas vezes antes da LBI, e que era muitas vezes demandada no início ou até mesmo no curso do processo de interdição de mulheres, e sempre baseada apenas num laudo médico, fosse ele psiquiátrico ou ginecológico: a laqueadura das trompas da interditanda. Isso era judicialmente possível, inclusive com jurisprudência assente de muitos tribunais. Exemplo disso foi a decisão em 2000 do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Interdição - Pedido que cumula pretensão de expedição de alvará para que a interditanda possa ser submetida a cirurgia de Laqueadura das Trompas de Falópio - Patologia mental irreversível - Incapacidade absoluta reconhecida por laudo médico - Requerida que, durante as crises, sai deambulando pelas ruas, de madrugada, já tendo sido assaltada, agredida e estuprada - Inviabilidade de gravidez manifesta, inclusive em virtude de risco à saúde da gestante e do feto. (TJSP - 10ª Câ. de Direito Privado; Apelação nº 157.045-4; Rel. Des. Souza José, j. 26/9/2000).

¹⁴ MIZIARA, Daniel Souza Campos. *Interdição Judicial da Pessoa com Deficiência*. Revista do Advogado. p. 21-33. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Revista_do_Advogado.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2016.

Na concepção atual preconizada pela LBI esse procedimento invasivo não será mais possível sem o consentimento expresso da interessada e com base num laudo multiprofissional, sob pena de responsabilidade civil e criminal dos mandantes e executores. O Ministério Público neste e em outros casos procurará sempre a defesa dos interesses da pessoa com deficiência.

Importante destacar essa faceta do Ministério Público nos processos de interdição da pessoa com deficiência, que deixa de ser o *custos legis*, o mero fiscal da lei, equidistante do interesse do curatelando no feito, para ser o defensor do mesmo, quando não for o autor da ação. Isto é uma mudança na atribuição do MP que estava no antigo art.81 do antigo Código de Processo Civil de 1973. Dessa forma quando o Promotor de Justiça na Vara Cível ou de Família não estiver como autor da ação de interdição, funcionará sempre, devido sua intervenção obrigatória no processo de curatela, como defensor da pessoa com deficiência, por força do contido no art. 1170 do Código Civil alterado pela LBI. Da mesma forma o Ministério Público atuará na proteção da pessoa com deficiência no processo de Tomada de Decisão Apoiada.

Tanto que nos casos de negligência do apoiador, ou se este exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá o Ministério Público, provocado pela pessoa apoiada ou qualquer outra pessoa apresentar denúncia ao juiz, que recebendo e verificando a procedência da mesma destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada. Assim como o apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

Em relação a prestação de contas, tanto na curatela como na Tomada de Decisão apoiada, por força do art.84, §4º, da LBI, os curadores ou representantes são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano. Essa prestação de contas pode ser pedida também pelo representante do Ministério Público que cabe zelar pelos interesses do curatelando.

3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, A LEI 13.146/2015 E A CURATELA

A Lei n.13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil (CPC), revogou expressamente alguns artigos do Código Civil que tinham conteúdo processual sobre o processo de interdição e que tinham sido modificados pela LBI (Arts. 1768 a 1773 do

CC), mas no todo não vejo incompatibilidades grandes com as normas gerais da LBI, não prejudicando, deste modo, a intenção maior de preservar os direitos das pessoas com deficiência. Inclusive diz o art.755 do CPC nos incisos I e II, que o juiz fixará os limites da curatela segundo o estado e desenvolvimento mental do interdito e considerará as características pessoais deste observando suas potencialidades (leia-se capacidades), habilidades, vontades e preferências.

Numa análise mais específica, vejo que o CPC não previu a obrigatoriedade de equipe multiprofissional e a avaliação biopsicossocial do interditando, criando uma faculdade ao juiz determinar a avaliação por equipe multidisciplinar (termo usado no CPC), bastando um laudo para caracterizar a incapacidade. Isto poderia criar um aparente conflito entre essas duas normas e por tabela com o Código Civil reformado pelas duas. Para dirimir conflitos das leis temos três critérios definidos no art.2º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC): 1) Hierárquico: quando entre duas normas, prevalece a superior.; 2) Cronológico: quando entre duas normas, prevalece a mais recente; e 3) Especial: quando entre duas normas, prevalece a especial sobre a geral. Diante desse critério verificaríamos que no conflito entre CPC e LBI prevaleceria a LBI por ser especializada às pessoas com deficiência, as quais precisam ser protegidas e pela sua vulnerabilidade por força constitucional (art 23 e 24 CF). E ainda é importante observar que a LBI é norma de direito material que prevalece sobre a de direito processual em regra geral. Mas não é tão simples assim.

Alguns dispositivos revogados pelo novo CPC no Código Civil eram de conteúdo claramente instrumental e não material, o que neste aspecto privilegiaria a prevalência da norma processual. Em outro ponto as garantias de equipe multiprofissional e da avaliação biopsicossocial são especiais das pessoas com deficiência, e prevalece a força da norma especial, a LBI, e neste aspecto deve se exigir do Poder Judiciário que se amolde a legislação especial quando o interditando for uma pessoa com deficiência. O Art.753, §1º do CPC fala que “poderá” ser realizada a perícia por equipe multidisciplinar; mas por força da LBI quando for uma pessoa com deficiência a ser interdita, há necessidade “obrigatoriamente” da equipe multidisciplinar com a avaliação biopsicossocial. Muitos tribunais ainda não criaram essa equipe multidisciplinar, mas precisam montá-las para viabilizar o cumprimento da LBI e dar suporte aos magistrados e demais que funcionam nos processos de curatela. Em relação a outros interditandos, como um idoso senil ou enfermo grave (que sofreu um AVC e fica em coma profundo), que não se enquadram na definição de pessoa com deficiência da LBI, estariam adstritos apenas a um laudo médico para a decretação de suas interdições, caso o juiz decida dessa forma.

Da mesma forma o art.748 do CPC deve ser interpretado a luz da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e da LBI, onde ao ler-se “doença mental grave” deve-se coadunar este termo vetusto à lei maior por critério hierárquico e especial – A CDPD (recepcionada como emenda constitucional) – que dá uma nova terminologia a essas pessoas dentro da deficiência mental e intelectual em seu art.1.

Assim o Membro do Ministério Público tem atribuição para a interdição das pessoas com deficiência mental e intelectual nas hipóteses dos incisos I e II do art.748 do CPC.

Preocupados com aparentes conflitos dessas leis e a repercussão em suas atribuições trazidas pela LBI os Promotores e Procuradores de Justiça passaram a se reunir para, através de enunciados e resoluções definirem suas novas atuações nos processos de interdição e no novo procedimento da Tomada de Decisão Apoiada, um bom exemplo disso foi a reunião de trabalho realizada em 26/02/2016, em Brasília-DF, pelos membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), em seu edifício-sede, em que se discutiram e aprovaram alguns enunciados descritos abaixo:

“- **Primeiro enunciado:** A Lei 13.146/2015 não alcança as interdições já decretadas por sentença com trânsito em julgado, sem prejuízo da possibilidade de o interessado requerer, a qualquer tempo, nos próprios autos da interdição ou em nova ação, o levantamento da interdição, a revisão dos limites da curatela e a substituição da interdição pela tomada de decisão apoiada, conforme o caso.

- **Segundo enunciado:** Nos procedimentos de curatela ou de tomada de decisão apoiada, o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna, conforme dispõe o art. 723, parágrafo único, do novo CPC (Lei 13.105/2015).

- **Terceiro enunciado:** O art. 85 da Lei 13.146/2015 deve ser interpretado em consonância com o art. 723, parágrafo único, do novo CPC, de forma que a curatela da pessoa com deficiência poderá afetar o exercício de direitos de natureza extrapatrimonial, desde que essa restrição conste da sentença.

- **Quarto enunciado:** Os arts. 3º e 4º do Código Civil, com a nova redação dada pela Lei 13.146/2015, não disciplinam todas as hipóteses de incapacidade, de forma que poderá ser decretada por sentença a incapacidade absoluta da pessoa com deficiência, nos casos em que houver necessidade”.

4 O PROJETO DE LEI DO SENADO N. 757/2015 (ALTERAÇÃO PREVISTA NA LBI, CÓDIGO CIVIL E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

Importante registrar que a LBI ao retirar do art.3º do Código Civil qualquer hipótese de uma pessoa maior de idade ser considerada absolutamente incapaz, criou um impasse jurídico em relação aquelas pessoas que efetivamente não podem exprimir de nenhuma maneira sua vontade, e que precisam ser totalmente protegidas pela interdição, inclusive as resguardando da prescrição e decadência, e tornando nulo qualquer ato que seja simulado em seu nome sem o consentimento do curador ou do juiz do feito.

Preocupados com as repercussões doutrinárias e, acima de tudo, de casos concretos pendentes nos feitos judiciais de curatela, foi gerado o Projeto de Lei do

Senado (PLS) nº 757, de 2015, dos Senadores Antonio Carlos Valadares e Paulo Paim, que altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada. O referido PLS recebeu um substitutivo em abril deste ano (2016) que depois foi aprovado na Comissão de Direitos Humanos amoldando-se melhor aos ditames da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e as diretrizes norteadoras da Lei 13.146/2015 (LBI).

O PLS foi aprovado na Comissão de Direitos Humanos (CDH) do Senado no primeiro semestre de 2016 e seguiu para a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) daquela Casa para apreciação em caráter terminativo, e, se aprovado, segue para Câmara dos Deputados para apreciação em caráter de prioridade. A tendência é que seja recepcionado devido a urgência da matéria e a demanda de usuários e juristas para uma definição melhor da curatela às pessoas que extraordinariamente não podem exprimir sua vontade de nenhuma forma.

Segundo o parecer na Comissão de Direitos Humanos CDH), do relator Senador Telmário Mota, o “PLS nº 757, de 2015, é altamente meritório. Ele vem a corrigir temeroso equívoco trazido, essencialmente, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual, na tentativa de empoderar e respeitar as pessoas com deficiência, criou solução legislativa que deixará à própria sorte aqueles que, com deficiência ou não, se mostrarem incapazes de executar certos atos da vida civil”.

As principais alterações legislativas propostas são as seguintes:

No Código Civil:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: (...)

IV – os menores de dezesseis anos;

V – os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial;

VI – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que tenham o discernimento reduzido de forma relevante, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial; (...)

Art. 1.548.

III – por incapaz, sem o apoio ou a autorização legalmente necessária, conforme o caso, e ressalvado o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 1.768-B.(...)

Art. 1.767. Estão sujeitos à curatela os incapazes de que tratam:

I – os incisos V e VI do art. 3º; (...)

III – os incisos II e IV do art. 4º. (...)

Art. 1.777. As pessoas incapazes sujeitas à curatela receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que as afaste desse convívio”.

Na Lei nº 13.146/2015 (LBI), conforme a proposta, passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 85. A curatela das pessoas com deficiência será limitada aos aspectos considerados estritamente necessários para a defesa e a promoção de seus interesses, preferencialmente limitando-se aos atos e negócios jurídicos de natureza patrimonial, respeitada a maior esfera possível de autonomia para os atos da vida civil.

No novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), se o PLS for aprovado, passaria a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 747. A interdição pode ser promovida pelas pessoas indicadas no art. 1.768 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Parágrafo único.(..)

Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição nos casos do art. 1.768-A da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. (...)

Art. 755.

I – nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela considerando o disposto no art. 85 da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, e as capacidades do interdito de discernir e de manifestar a própria vontade.

Este autor teve a oportunidade de participar das primeiras discussões sobre o substitutivo ao PLS no Senado e, com as alterações acima expostas, se mantidas na CCJ do Senado e na Câmara dos Deputados, entendemos que resguardará a finalidade da LBI relativo a garantia da capacidade legal das pessoas com deficiência como um todo de maneira geral, deixando apenas em casos extraordinários de pessoas que não possam exprimir de forma alguma sua vontade, abalizada esta situação por equipe multiprofissional, e ouvido sempre o Ministério Público, os casos de interdição total e declaração de absolutamente incapazes, mas, mesmos nestes casos, sempre no sentido de proteção de seus direitos e patrimônio. Outro detalhe que, em vez do “somente” da atual redação, no PLS limitar-se-á a curatela “preferencialmente” aos atos negociais e patrimoniais. Desta maneira, se o juiz, visualizando o laudo da equipe multiprofissional, e o parecer do Ministério Público, entender estender essa curatela além desses limites, pelo comando do PLS poderá fazer essa extensão além do caráter patrimonial e negocial no intuito de proteção do interditando com deficiência.

5 CONCLUSÃO

Verifica-se assim que o impacto das mudanças trazidas pelos arts.84 a 87 e 114 a 116 da LBI, principalmente no Código Civil, faz que seja vital a criação de novos

parâmetros de atuação de juízes, membros do Ministério Público, defensores públicos, advogados e todos os serventuários e envolvidos nos feitos judiciais e extrajudiciais. Esse novo paradigma trazido pela LBI, por força da Convenção Internacional da ONU, da capacidade legal da pessoa com deficiência, traz necessariamente um novo olhar, embasado nos direitos humanos, de dignidade e autonomia da pessoa com deficiência, privilegiando suas habilidades e capacidades, em vez de seus impedimentos, muito destes provocados pelo entorno social e ambiental que o discrimina e limita. Assim esperamos que os institutos da curatela e tomada de decisão apoiada sejam efetivamente usados para proteção dessas pessoas e não como mecanismo de restrição total do exercício de seus direitos.

ABSTRACT: The present article intends to demonstrate that the novelties brought by Law No. 13.146, of 2015, are based on the UN's Convention for People with Disabilities, addressing on interdiction and guardianship , in addition to supported decision-making, new institutes inserted in the Civil Code of Brazil.

KEYWORDS: Law of Brazil no.13.146/2015 - UN's Convention - disabilities - social inclusion's right – interdiction – guardianship.

REFERÊNCIAS

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão*. Publicado em 06 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil, Teoria Geral do Direito Civil*, 31..ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral*, v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GILLET, Edson. *BRASÍLIA: MPE participa da entrega da proposta que cria o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <<http://mp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/100548053/brasil-mpe-participa-da-entrega-da-proposta-que-cria-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

MACIEIRA FILHO, Waldir; GUGEL, Maria Aparecida; GOMES, Lauro Ribeiro. Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

MACIEIRA FILHO, Waldir. Art. 84 a 87 Comentados. In: Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. Organizado por Waldir Macieira Filho, Flávia Leite e Lauro Gomes Ribeiro. São Paulo: Saraiva, 2016.

MANTOAN, Maria Tereza Egler. Carta da Prof. Mantoan aos Senadores. Revista eletrônica Inclusão Já!. em 07 nov. 2013. Disponível em: <<http://inclusaoja.com.br/category/opinioao/maria-teresa-mantoan/>>. Acesso em: 5 fev. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; CORREIA NETO, Jádér de Figueiredo. Interdição e curatela no novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e do direito civil constitucional. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50deca7a25c4>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 2.

OLIVEIRA, Wanderson Marquiori Gomes de . A necessária revisão da teoria das incapacidades. Publicado em maio 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28427/a-necessaria-revisao-da-teoria-das-incapacidades>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

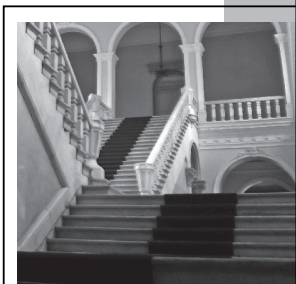
ROSENVALD, Nelson. Contagem Regressiva para o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Publicado em 22 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/#!/Contagem-Regressiva-para-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Deficiencia/c21xn/5679a50c0cf203da56e891f2>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. A Plasticidade da Curatela. Publicado em 27 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-plasticidade-da-curatela/12748>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

STOLZE, Pablo. É o fim da interdição? Publicado em fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao/2>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo código civil: Estudos na perspectiva civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Pareceres



EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) RELATOR(A) DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO ESTADO DO PARÁ

PROCESSO N.º 23-88.2016.6.14.0000¹²³

O **Ministério Público Eleitoral**, por meio do Procurador Regional Eleitoral que assina ao final, vem perante Vossa Excelência apresentar **PARECER** nos autos do processo em epígrafe.

Trata-se de consulta formulada pelo Deputado Estadual do Pará Wanderlan Quaresma ao E. TRE/PA nos seguintes termos(fl. 2/3):

“1 – Tendo em vista o art. 36 da Lei nº 9.504/1997, visando a não ocorrência da propaganda eleitoral irregular, isto é, quando for veiculada antes do prazo estabelecido pela lei, hipótese em que será chamada de antecipada, quando deixar de atender as prescrições legais no tocante à sua forma.

2 – Desta feita, visando uma melhor interpretação do artigo supracitado, requeiro a análise de legalidade do seguinte caso em abstrato:

a) O candidato quando realizar eventos nos quais forem divulgadas informações acerca das suas ações realizadas na comunidade, divulgando, consequentemente, a possibilidade de sua candidatura como prefeito pode ser considerada como propaganda antecipada?

¹ Em coautoria com Wecley dos Santos Pinheiro, analista jurídico da Procuradoria Regional Eleitoral.

² Infelizmente o Tribunal Regional Eleitoral do Pará perdeu uma ótima oportunidade de firmar balizas para a interpretação e aplicação das alterações promovidas pela Lei nº 13.165/2015 no regime jurídico da propaganda eleitoral irregular por antecipação ou extemporaneidade. A Corte Regional em 19/4/2016 entendeu pelo não conhecimento da Consulta nº 2388, pois da maneira que fora formulada, revelaria casuismo e concretude. Assim restou ementado: CONSULTA. CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO. 1 - Em razão da natureza excepcional do procedimento, os requisitos para o recebimento das consultas devem ser rigorosos, não podendo ser conhecida a consulta cujas indagações admitam interpretações casuísticas, ou que de qualquer modo possa redundar em manifestação acerca de conjuntura concreta. 2 - Consulta não conhecida em razão da clara possibilidade de adequação ao caso concreto, ausentes portanto os pressupostos previstos no art. 23, inciso XII do Código Eleitoral e art. 172 do Regimento Interno do TRE/PA.3 - Precedentes desta Corte, do TSE e demais Regionais. 4 - Consulta não conhecida. (Cta 2388, Rel. José Alexandre Buchacra Araújo, DJE 28/4/2016)

³ Na essência, este Parecer é o mesmo que fora apresentado ao Tribunal Regional Eleitoral do Pará por ocasião da Cta 2388, não obstante se tenha feito alguns acréscimos e esclarecimentos para os fins da publicação.

- b) Caso esta ação seja intitulada hipoteticamente 'PMDB em ação' e, na ocasião, conste comandos médicos para os moradores locais, esta ação pode ser considerada propaganda antecipada?
- c) Os parlamentares podem promover debates legislativos e fazer referências às suas atuações como tal em determinada comunidade, assim como suas características pessoais?
- d) O pré-candidato pode confeccionar banners, panfletos, outdoors no intuito de promover suas ações enquanto parlamentar, assim como suas ações pessoais realizadas na comunidade em questão?
- e) Se uma terceira pessoa, indiretamente, tecer elogios ou críticas à conduta do pré-candidato em redes sociais, esta ação será considerada propaganda antecipada?"

Ato contínuo, os autos foram encaminhados a esta Procuradoria Regional Eleitoral.

Eis o relatório.

Inicialmente, cumpre observar que o processo de consulta está previsto no art. 30, inciso VIII, do Código Eleitoral, segundo o qual:

Art. 30. Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais: VIII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político;

Em complemento, o Regimento Interno deste TRE, art. 172, preceitua:

Art. 172. O Tribunal responderá às consultas sobre matéria eleitoral formuladas em tese, por autoridade pública ou partido político, sendo vedada a sua apreciação durante o processo eleitoral.

Pela dicação dos dispositivos normativos, conclui-se pela necessidade da presença de quatro condições legais para o conhecimento da consulta: 1) deve tratar de matéria eleitoral, 2) ser formulada em tese ou não se referir a caso concreto, 3) ser proposta por autoridade pública ou partido político, e 4) não pode ser apreciada durante o processo eleitoral.

Conjugado a estas, a jurisprudência do TSE tem exigido que as indagações feitas na consulta não sejam em termos demasiadamente genéricos e imprecisos a ensejar diversas respostas e/ou a ressalva de que dependerá do caso concreto, sob pena de dar azo a respostas casuísticas. Assim, a consulta deve ser realizada em termos simples e objetivos a viabilizar um fácil entendimento dos questionamentos (Cta 187261, Red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, j. 22/05/2014; Cta 26542, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15/10/2013; Cta 1724501, Rei. Min. Gilson Dipp, *DJe* 24.2.2012).

No caso em apreço, tais condições são satisfeitas. Logo, a presente consulta merece ser conhecida.

A propaganda eleitoral é espécie de propaganda ou discurso político cujo candidato a cargo eletivo, através da apresentação das suas qualidades pessoais, de propostas, intenções e ideias, busca o convencimento de eleitores para a captação dos votos necessários para a sua eleição. Segundo a Lei nº 9.504/1997, arts. 36, *caput*, 39, §9º, deve ser realizada a partir do dia 16 de agosto do ano eleitoral até as 22 horas do dia que antecede a eleição.

Com efeito, a propaganda eleitoral antecipada ou extemporânea é aquela que ocorre antes do dia 16 de agosto do ano da eleição.

De acordo com a Lei nº 9.504/1997, art. 36-A, *caput*, I a VI (com as alterações da Lei nº 13.165/2015) não configurará propaganda eleitoral antecipada ou extemporânea, desde que não haja pedido explícito de voto,

- i) a menção à pretensa candidatura;
- ii) a exaltação das qualidades pessoais de pré-candidatos;
- iii) a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;
- iv) a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária;
- v) a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos;
- vi) a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos;
- vii) a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais;
- viii) a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias.

Convém ressaltar que aos profissionais da comunicação social, no exercício da profissão, é vedado o pedido de apoio político, a divulgação de pré-candidatura e das ações políticas desenvolvidas ou que pretende desenvolver caso eleito (Lei nº 9.504/1997, art. 36-A, §§2º e 3º).

Assim, constata-se que a construção jurisprudencial dos tribunais eleitorais⁴ acerca da chamada propaganda eleitoral antecipada ou extemporânea dissimulada, subliminar ou implícita quando da menção à pré-candidatura, a eleições vindouras, à plataforma e programa políticos e a exaltação das qualidades pessoais contidos em discursos de notórios pré-candidatos, acabou por ser inviabilizada pelas alterações promovidas pela Lei nº 13.165 de 29/09/2015, já se tornando comum que às vésperas de eleição os políticos promovam alterações na legislação eleitoral, não raro em benefício ou causa própria, visando a sua perpetuação no poder político.

E, vale assinalar, que quanto à Lei nº 13.165 de 29/09/2015, os políticos tiveram o cuidado especial de editá-la antes de um ano da próxima eleição (02 de outubro de 2015 a 02 de outubro de 2016) com vistas a viabilizar a sua aplicabilidade já nas eleições municipais de 2016 e, assim, evitar controvérsias jurídicas referente à observância do princípio da anualidade ou anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição da República de 1988.

Agora, a Lei das Eleições no que tange ao regime jurídico da propaganda eleitoral irregular por antecipação ou extemporaneidade, exige o pedido explícito de voto, embora se saiba (que o diga os profissionais da propaganda e *marketing*) que a maneira mais eficiente de incutir na mente das pessoas e convencê-las de determinada ideia é através da sutileza da propaganda dissimulada, subliminar ou implícita, isto é, daquela propaganda que não exorte diretamente o público alvo a fazer ou deixar de fazer algo, mas que o leve, sem perceber, a pensar e agir assim, e não assado.

Todos esses atos e congêneres, embora não configurem propaganda eleitoral antecipada ou extemporânea, contanto que não haja pedido explícito de voto, devem encontrar as mesmas proibições e restrições impostas aos atos de propaganda eleitoral, pois

“(…) numa interpretação sistêmica da Lei das Eleições, da Lei das Inelegibilidades e da própria Constituição da República (REspe n. 21141, rel. Min. Fernando Neves, DJ de 29/8/2003), observada a vedação expressa de propaganda eleitoral antes do dia **15 de agosto**[sic: 16 de agosto] e do abuso de poder econômico no período da pré-campanha, o pré-candidato também deverá adequar seus atos aos limites da propaganda eleitoral dispostos na LE, arts. 37-39 e 43-57, ou seja, deverá observar as mesmas restrições de lugar (bem público etc.), de forma (*outdoor*, dimensões etc.) e de conteúdo (não ofensivo etc.).

⁴ R-Rp nº 270176, Rel. Min. Joelson Dias, j. 23/11/2010; AgR-REspe nº 21590, Rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, j. 21/03/2013; AgR-REspe nº 115905, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 11/03/2014).

Além disso, o pré-candidato não está autorizado a fazer qualquer gasto na divulgação ou confecção da sua propaganda política de pré-campanha, pois a arrecadação e aplicação dos recursos somente é permitida e controlada no espaço da campanha, ou seja, depois do registro de sua candidatura, observados os limites legais e por meio da conta bancária oficial (LE, art. 17-22-A).

As despesas desses atos de pré-campanha, acaso existentes, somente são autorizadas se inseridas na propaganda intrapartidária, com responsabilidade e controle exclusivo por parte dos partidos políticos, que deverão prestar contas anualmente.

Se assim não fosse teríamos a situação esdrúxula de considerarmos lícitos atos de pré-campanha, antes do dia **15 de agosto** [sic: 16 de agosto], em diversos *outdoor* e cavaletes espalhados pela cidade, custeados por um candidato detentor de maiores recursos financeiros ou financiado por empresas, ainda que ele não fizesse pedido explícito de votos, mas violando os valores basilares do processo eleitoral da igualdade e proibição do abuso, seguidos de atos de campanha moderados, depois do dia 15 de agosto, nos exatos termos da lei e sem o financiamento empresarial, atualmente inconstitucional.” (Patrick Salgado Martins. Os limites legais à pré-campanha eleitoral. Publicado em 27/01/2016 in <http://jota.uol.com.br/os-limites-legais-a-pre-campanha-eleitoral>, acessado em 30/03/2016)

As ponderações do Procurador Regional Eleitoral de Minas Gerais Patrick Salgado Martins são bastante pertinentes, pois, de outro modo, permitir-se-ia que antes do dia 16 de agosto os pré-candidatos cometam abusos de seu poder econômico, político e/ou dos meios de comunicação social para a promoção pessoal político-eleitoreira mediante a utilização de recursos financeiros ou estimáveis em dinheiro não submetidos ao controle legal e contábil da Justiça Eleitoral, por não haver ainda formalização de pedido de registro de candidatura, e o uso de lugares, público por exemplo, de meios, como o *outdoor*, e da veiculação de conteúdo, ofensivo a honra de alguém por exemplo, que são proibidos na propaganda eleitoral e, quando for permitido esta, realizem atos mais brandos segundo a legislação eleitoral, mas que, sem dúvidas, não terão o mesmo impacto e influência na campanha eleitoral do pré-candidato do que os atos políticos praticados anteriormente ao dia 16 de agosto e, desta maneira, a liberdade de escolha do eleitor, a igualdade de chances entre os candidatos, a legitimidade e normalidade do pleito eleitoral já terá sido comprometida em prejuízo do Estado democrático e social de direito.

Com efeito, a realização desses atos políticos ou de pré-campanha do art. 36-A, *caput*, I a VI da Lei nº 9.504/1997, sem prejuízo de outras proibições e restrições constantes na legislação eleitoral, **SÃO PROIBIDOS:**

i) nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos bens de uso comum (os definidos pelo Código Civil e aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada), nos postes de iluminação pública, sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, nas árvores e nos jardins localizados em áreas públicas, bem como em muros, cercas e tapumes divisórios, ainda que não lhes cause dano, sendo vedado a pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados (Lei nº 9.504/1997, art. 37);

ii) em bens particulares mediante pagamento, devendo ser espontânea e gratuita, sendo permitido apenas o uso de adesivo ou papel cuja dimensão não exceda a 0,5 m² (meio metro quadrado), vedando-se a justaposição que exceda a referida dimensão, em razão do efeito visual único, ainda que, individualmente, o adesivo e papel tenham respeitado o limite de meio metro quadrado (Lei nº 9.504/1997, art. 37 e Resolução TSE nº 23.457/2015, art. 15);

iii) por meio da distribuição de folhetos, adesivos, volantes e outros impressos cuja dimensão ultrapasse de 50 (cinquenta) centímetros por 40 (quarenta) centímetros, permitindo-se o uso de adesivos microperfurados em veículos até a extensão total do para-brisa traseiro e, em outras posições, até a dimensão máxima de 50 (cinquenta) centímetros por 40 (quarenta) centímetros (Lei nº 9.504/1997, art. 38);

iv) mediante a confecção, utilização, distribuição de camisetas, chaveiros, bonés, canetas, brindes, cestas básicas ou quaisquer outros bens ou materiais que possam proporcionar vantagem ao eleitor (Lei nº 9.504/1997, art. 39);

v) por meio de *show* e evento assemelhado, bem como a apresentação, remunerada ou não, de artistas com a finalidade de animar encontro, reunião e congêneres (Lei nº 9.504/1997, art. 39);

vi) mediante outdoors, inclusive eletrônicos (Lei nº 9.504/1997, art. 39);

vii) o uso de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista (Lei nº 9.504/1997, art. 40);

viii) através do emprego de meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais (Código Eleitoral, art. 242)⁵.

⁵ A dicção legal do art. 242 do Código Eleitoral: “criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais e ou passionais” é entendida a partir da conjugação com o art. 243 do mesmo código, na perspectiva de que significa criar, incentivar e instigar nas pessoas o sentimento de ódio, animosidade, repugnância, beligerância, preconceito, discriminação, desobediência contra alguém ou alguma coisa. Nesta diretriz é o julgado do TSE: Rp 19384, Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, j. 17/12/2015.

ix) a incitação à guerra, processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes e de atentado contra pessoas e bens, que provoque animosidade entre as forças armadas ou contra elas ou delas contra as classes e instituições civis, que instigue a desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública, que implique em oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de qualquer natureza, que perturbe o sossego público, com algazarra ou abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos, que utilize impressos ou objetos que pessoa inexperiente ou rústica possa confundir com moeda, que prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municipais ou a outra qualquer restrição de direito, e que calunie, difame ou injurie quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública (Código Eleitoral, art. 243).

x) a utilização de equipamentos fixos de sonorização e de carros-som ou qualquer veículo motorizado ou não, ou ainda que tracionados por animais, divulgando jingles ou mensagens de pré-candidatos que ultrapasse o limite de 80 (oitenta) decibéis de pressão sonora medido a 7 (sete) metros de distância do veículo e que não respeite o horário de 8h às 22h, sendo vedado a utilização a menos de 200 (duzentos) metros da sede dos poderes executivo e legislativo da União, dos estados-membros, Distrito Federal e dos municípios, dos tribunais judiciais, dos quartéis e outros estabelecimentos militares, dos hospitais e casas de saúde, das escolas, bibliotecas públicas, igrejas e teatros, quando em funcionamento (Lei nº 9.504/1997, art. 38);

xi) por meio da rede mundial de computadores (internet) mediante pagamento e, ainda que gratuitamente, veiculados em sítios de pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos, e de órgãos e entidades da administração pública direta ou indireta da União, dos estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios (Lei nº 9.504/1997, arts. 57-C).

Cumprе ressaltar que as despesas e custos com os atos políticos e de pré-campanha devem ficar sob responsabilidade de partido político ou no máximo contabilizado como receita/despesa de propaganda intrapartidária, isto é, aquela realizada pelo pré-candidato, observado o art. 23 da Lei nº 9.504/1997, nos quinze dias anteriores a escolha dos candidatos da legenda em convenção partidária (Lei nº 9.504/1997, art. 36, §1º), sendo vedado o financiamento por pessoa jurídica conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (ADI 4650, Relator Ministro Luiz Fux, julgado 17/09/2015) e pelas fontes do art. 24 da Lei nº 9.504/1997, pois a arrecadação de recursos financeiros ou estimáveis em dinheiro e os gastos e despesas com campanha e propaganda eleitorais só podem ocorrer após o pedido de registro de candidatura, quando, de fato e de direito, poder-se-á falar em candidato. Antes disto, há apenas pré-candidatos (Lei nº 9.504/1997, arts. 8º, 11 e 17).

Também, relevantíssimo mencionar que na realização desses atos políticos e de pré-campanha, sem o pedido explícito de voto, não poderá haver a promessa, oferta,

distribuição e entrega de qualquer tipo de vantagem ou benefício aos convidados e participantes, tais como camisetas, chaveiros, bonés, canetas, brindes, cestas básicas, material de construção, consultas médica e odontológica, entrega de medicamentos, trabalho público e privado, sob pena de configurar abuso de poder (art. 22 da LC nº 64/1990), conduta vedada a agente público (art. 73 e seguintes da Lei nº 9.504/1997) e/ou captação e gastos ilícitos de recursos de campanha (art. 30-A da Lei nº 9.504/1997)⁶, tendo em vista que os atos de pré-campanha podem ser examinados pela Justiça Eleitoral sob a ótica da legitimidade e juridicidade eleitorais.

ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E POLÍTICO. CONDUTA VEDADA. PROPAGANDA EXTEMPORÂNEA. AJUIZAMENTO. PRAZO. INÍCIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. ANÁLISE. FATOS ANTERIORES AO REGISTRO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

1. Recurso especial recebido como recurso ordinário, pois a decisão recorrida versa matéria passível de ensejar a perda do mandato eletivo.

2. O termo inicial para ajuizamento da AIJE é o registro de candidatura, não sendo cabível a sua propositura se não estiver em jogo a análise de eventual benefício contra quem já possui a condição de candidato, conforme interpretação do art. 22, inciso XIV, da LC nº 64/1990. No caso concreto, a AIJE foi ajuizada em março de 2014, bem antes do pedido de registro de candidatura. Entendimento que não impede o ajuizamento da referida ação após o registro de candidatura, mormente quando se sabe que a jurisprudência do TSE admite na AIJE o exame de fatos ocorridos antes do registro de candidatura, motivo pelo qual não há que se falar em violação ao art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988. Tampouco impede que a parte interessada requeira a sustação cautelar daquele ato abusivo, como previsto, por exemplo, no art. 73, § 4º, da Lei nº 9.504/1997, segundo o qual “o descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR”.

3. Agravo regimental desprovido.

O Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental, nos termos do voto do Relator. (AgR-RO - Agravo Regimental em

⁶ Não se menciona dentre as ilicitudes eleitorais a captação ilícita de sufrágio, porque, consoante a dicção legal do art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, este ilícito apenas restará configurado a partir do registro de candidatura até o dia da eleição. Assim, os atos praticados antes deste lapso temporal não podem ser enquadrados neste tipo eleitoral. Neste ponto, não podemos nos furtar de discordar do legislador e manifestar reserva quanto ao indigitado dispositivo normativo, porquanto é cediço que muitos ilícitos eleitorais frequentemente ocorrem antes da formalização do pedido de registro de candidatura.

Recurso Ordinário nº 10520 - Belo Horizonte/MG, Acórdão de 15/12/2015, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 23/02/2016)

Com efeito, os fatos e atos políticos e de pré-campanha, anteriores ao pedido de registro de candidatura, são sindicáveis pela Justiça Eleitoral. Por outro lado, a ação judicial para o exame da legitimidade e juridicidade desses fatos e atos só poderá ser ajuizada após a formalização do pedido de registro de candidatura (AgR-RO nº 10520, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/12/2015, DJE 23/2/2016). Logo, a ação judicial eleitoral, que deverá ser ajuizada a partir da formalização do pedido de registro de candidatura, pode examinar fatos e atos anteriores a esse mesmo pedido de registro de candidatura.

A representação por propaganda eleitoral irregular por antecipação ou extemporaneidade pode ser ajuizada pelos legitimados do art. 96 da Lei nº 9.504/1997⁷ até a data da eleição a que corresponde, conforme entendimento do Tribunal Superior Eleitoral: AgR-REsp nº 18234, Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, j. 25/06/2015; R-Rp nº 153691, Rel. Min. Laurita Hilário Vaz, j. 08/05/2014.

Por tudo que foi expendido, forçoso reconhecer como propaganda eleitoral irregular por antecipação ou extemporaneidade a realização dos atos políticos e de pré-campanha do art. 36-A, *caput*, I a VI da Lei nº 9.504/1997 que estejam em desconformidade com alguma proibição ou restrição imposta à propaganda eleitoral, sob pena de se autorizar e incentivar o abuso de poder, o que, se assim ocorrer, porá às claras contrariedade das indigitadas alterações legislativas à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 14, §9º, segundo a qual

“Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)”

Ante o exposto, o Ministério Público Eleitoral manifesta-se da seguinte forma:

a) O candidato quando realizar eventos nos quais forem divulgadas informações acerca das suas ações realizadas na comunidade, divulgando, consequentemente, a possibilidade de sua candidatura como prefeito pode ser considerada como propaganda antecipada?

⁷ O Ministério Público é um dos legitimados, embora não apareça expressamente no art. 96 da Lei das Eleições, porquanto, segundo a ADI nº 4617, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19/06/2013, a legitimidade do **Parquet se extrai diretamente da Constituição da República de 1988, art. 127, na medida em que incumbe à instituição a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.**

R: Não.

b) Caso esta ação seja intitulada hipoteticamente ‘PMDB em ação’ e, na ocasião, conste comandos médicos para os moradores locais, esta ação pode ser considerada propaganda antecipada?

R: Não, desde que não haja pedido expresso de voto, com a ressalva de que a entrega de qualquer vantagem ou benefício aos participantes pode caracterizar outras ilegalidades, como abuso de poder e conduta vedada a agente público.

c) Os parlamentares podem promover debates legislativos e fazer referências às suas atuações como tal em determinada comunidade, assim como suas características pessoais?

R: Sim.

d) O pré-candidato pode confeccionar banners, panfletos, outdoors no intuito de promover suas ações enquanto parlamentar, assim como suas ações pessoais realizadas na comunidade em questão?

R: Os meios ou instrumentos de promoção de pré-candidatura estão submetidos às mesmas proibições e restrições da propaganda eleitoral.

e) Se uma terceira pessoa, indiretamente, tecer elogios ou críticas à conduta do pré-candidato em redes sociais, está ação será considerada propaganda antecipada?”

R: Não.

Belém, 4 de abril de 2016.

BRUNO ARAÚJO SOARES VALENTE
Procurador Regional Eleitoral

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL

PROCESSO N.º 0013364-23.2015.814.0301

AUTOS: AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO

AUTOR: LÍVIA BEATRIZ MACEDO BOTELHO

Trata-se de pedido de **RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO**, manejado por **LÍVIA BEATRIZ MACEDO BOTELHO**, a qual pretende, em suma, ver seu assento alterado, para o fim de **EXCLUIR OS NOMES DOS SEUS PAIS BIOLÓGICOS, EDUARDO CARLOS FIGUEIRO e MARIA EDINA MACEDO BOTELHO**, em razão da **ADOÇÃO** realizada por seus avós, **EDUARDO TAVARES BOTELHO e CARMEN FIGUEIRO BOTELHO**.

O pedido foi inicialmente pleiteado na via extrajudicial, mas foi posteriormente redistribuído para a via judicial, em face do parecer ministerial (fls. 14), que apontou que a questão envolvia alta indagação, não passível de ser dirimida sem a intervenção do Juízo da Vara de Registros Públicos.

Sendo assim, após analisar os autos, tenho para mim que não assiste razão à autora da demanda.

Com efeito, a adoção de **LÍVIA BEATRIZ MACEDO BOTELHO** foi realizada mediante a lavratura de **escritura pública, datada de 23/03/1988**. Portanto, sob a égide do antigo Código de Menores (Lei 6.697/79). Apesar de ser de conhecimento geral que esse diploma foi posteriormente revogado pelo art. 267 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8.069/90), **o ato jurídico praticado completou-se à luz do Código de Menores**, logo, seu fundamento deve ser buscado nessa lei.

Assim, o art. 17 do antigo Código de Menores estabelecia que a colocação do menor em lar substituto, entre outras hipóteses, dar-se-ia sob duas modalidades de adoção, a saber: (a) adoção simples; ou (b) adoção plena. A primeira modalidade de adoção, prevista no art. 27, estabelecia que o procedimento adotivo reger-se-ia pela lei civil, dependendo de autorização judicial, para averbação no registro civil de nascimento (art. 28). A segunda modalidade de adoção, prevista no art. 29, firmava que a adoção, quando deferida, atribuía a situação de filho ao adotado. A adoção desse tipo era dita **“plena” justamente por desligar o adotado de qualquer vínculo com pais e parentes, consequência inócua na hipótese de adoção simples**.

Bem a propósito do instituto da adoção simples, são aplicáveis ao caso ora analisado as colocações da lavra da Ministra Laurita Vaz, do Tribunal da Cidadania, no bojo do Recurso Especial n.º 494748/RN, julgado em 06.05.2004:

É oportuno esclarecer que antes da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), o instituto da adoção era regulamentado pelo Código Civil de 1916 e pelo Código de Menores (Lei nº 6.697/79). O primeiro estatuto regulava os procedimentos de adoção de uma forma geral, aplicando tanto para crianças, adolescentes ou adultos. O segundo, cuidava dos menores em situação irregular, disciplinando as relações jurídicas especiais.

Assim, a criança ou adolescente que se encontrasse em situação regular, como é o caso da Autora, o Código Civil exigia apenas que fosse realizada a adoção por escritura pública, com o consentimento dos pais naturais, a teor do seu art. 375.

Neste diapasão, não procede a alegada ofensa aos artigos do Código de Menores, por serem inaplicáveis à hipótese dos autos, tendo em vista que a adoção da Autora, por escritura pública, foi realizada com base no art. 375 do Código Civil de 1916.' E diferente não é o caso sub judice.

Sendo assim, diante da validade e eficácia da escritura pública de adoção levada a efeito sob a égide da lei anterior, deve ser ela averbada no registro civil, quando então passa a valer contra terceiros, com efeitos erga omnes. Entre as adotadas e aqueles que participaram do ato, não há qualquer ineficácia, sendo que o registro serve para surtir efeitos contra terceiros. Como leciona Antônio Chaves (CHAVES, Antônio. Adoção e Legitimação Adotiva, São Paulo, RT: 1966, p. 172) sobre o registro, na sua obra Adoção e Legitimação Adotiva:

'A falta dessa formalidade implica, com efeito, na ineficácia da adoção com relação a terceiros, como demonstra Pontes de Miranda: A adoção começa de produzir os efeitos entre os figurantes desde que se concluir: a publicidade registraria é apenas para eficácia contra terceiros. Isto significa, pondera Fiore, que a omissão não pode influir na substância do ato e na validade intrínseca com relação ao adotante e ao adotado, mas a mudança de estado deve ser considerada como não ocorrida com relação aos terceiros, enquanto não tenha sido cumprida a formalidade da anotação.' (fls. 196/199)

Vistos esses prolegômenos, percebi que a certidão de nascimento da autora (fls. 6) conta com a averbação da adoção realizada pelos seus avós, cuja **escritura pública, data de 23/03/1988**. Significa dizer que a adoção in casu sub examinem, à luz do Código de Menores, foi efetivada sob a **modalidade simples, que só permitia a averbação**, mas, por não se submeter aos requisitos mais rígidos da adoção plena, **não implicava a supressão do vínculo filial com os pais biológicos**. Logo, a informação averbada constante da certidão de nascimento atendeu a um comando judicial, plenamente válido à luz da legislação vigente ao tempo em que fora praticado o procedimento adotivo.

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

Nesse contexto, tenho que o ato de adoção simples, que culminou com a presente averbação, fundamentou-se com perfeição na legislação vigente ao tempo em que foi praticado e perfectibilizou-se. Ou seja, trata-se de ato jurídico perfeito, merecedor de proteção constitucional, tal como prescrito no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988¹.

Segundo Diógenes Gasparini², o ato jurídico perfeito é aquele que, sob regime de determinada lei, tornou-se apto para produzir os seus efeitos pela verificação de todos os requisitos indispensáveis. Já Paulo Henrique Carneiro Fontenele³ leciona que o ato jurídico perfeito

[...] é aquele ato já realizado, nos termos da lei vigente ao tempo em que ocorreu que satisfaz todos os requisitos formais para a geração dos seus efeitos, tornando-se completo ou acabado. Sua relevância é a **garantia da imutabilidade da situação jurídica realizada dentro das exigências legais, no caso de superveniência de lei nova.**

No plano da legislação subalterna ao Texto Fundamental, cumpre ainda citar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-lei 4.657/42), no seu art. 6º⁴, com a redação dada pela Lei 3.238/57, previu expressamente que **a lei em vigor deverá respeitar o ato jurídico perfeito, considerando “perfeito” o ato jurídico já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (§ 1º).** O aludido artigo 6º, §1º, da LINDB, elaborado pelo Legislador Ordinário, estabeleceu o conceito de ato jurídico perfeito.

Forte nesses argumentos, entendo que **a averbação da adoção efetuada na certidão de nascimento da autora é exemplo claro de ato jurídico perfeito**, isto é, que se consumou perfeitamente de acordo com a lei vigente ao tempo de sua prática. Se, atualmente, sob a vigência do ECA, a adoção implica necessariamente o desligamento de qualquer vínculo com pais e parentes, ressalvados os impedimentos matrimoniais

¹ CF/88, art. 5º: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

² GASPARINI, Diógenes. GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

³ FONTENELE, Paulo Henrique Carneiro. Ato jurídico perfeito, direito adquirido e expectativa de direito: corolários do princípio da segurança jurídica. Teresina: Revista Jus Navigandi, nov. de 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/33954/ato-juridico-perfeito-direito-adquirido-e-expectativa-de-direito-corolarios-do-principio-da-seguranca-juridica>.

⁴ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(art. 41⁵), tal norma não pode retroagir para prejudicar o ato jurídico perfeito, que, como afirmei na minha exposição, foi protegido pelo Pergaminho Fundamental.

Nesse sentido, a jurisprudência já teve oportunidade de decidir:

APELAÇÃO - RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO - SUPRESSÃO DOS NOMES DOS PAIS BIOLÓGICOS - ADOÇÃO EFETIVADA EM 1979, SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E CÓDIGO DE MENORES, LEI Nº 6.697/79 - MODALIDADE DE ADOÇÃO QUE NÃO EXTINGUE O VÍNCULO COM OS PAIS BIOLÓGICOS - IMPOSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO - ATO JURÍDICO PERFEITO - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL - A adoção simples realizada em 1979, por escritura pública, sob a égide da legislação vigente naquela época, não tem o condão de ensejar o cancelamento do registro original, pois não impõe o desligamento do vínculo do adotado com sua família biológica. A adoção realizada há quase 30 anos constitui um ato jurídico perfeito, protegido pela própria Constituição em seu artigo 5º inciso XXXVI, bem como pelo art. 6º § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil. (TJ-MG, Relator: DÁRCIO LOPARDI MENDES, Data de Julgamento: 26/06/2008). (g.n).

ADOÇÃO - ESCRITURA PÚBLICA ANTERIOR A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E VIGENTE O CÓDIGO CIVIL DE 1916 - REVOGABILIDADE PELO ADOTADO - DECADENCIA - IMPOSSIBILIDADE

Conforme a melhor doutrina e jurisprudência atual e iterativa tem-se por irrevogável a adoção simples por escritura pública, ainda que realizada antes da Constituição Federal de 1988 e mesmo antes do Estatuto da Criança e do Adolescente; ademais quando presentes os requisitos para o ato e sendo feito o pedido de revogação pelos adotados decorrido o prazo de um ano após completarem a maioridade civil à época. (TJMG - Apelação Cível [1.0040.11.008157-3/001](#) [0081573-20.2011.8.13.0040](#) (1) – Relator Des.(a) Geraldo Augusto – Órgão Julgador/Câmara Cíveis Isoladas / 1ª CÂMARA CÍVEL – Súmula : NEGARAM PROVIMENTO – Data de Julgamento **17/04/2012** – Data de publicação da Súmula **04/05/2012**.).

⁵ Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

O Tribunal da Cidadania, em 25 de junho de 2013, teve a oportunidade de arrostar a questão ora analisada nos presentes autos, ratificando tratar-se do chamado ato jurídico perfeito:

EMENTA - DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. ESCRITURA PÚBLICA DE **ADOÇÃO SIMPLES CELEBRADA ENTRE AVÓS E NETA MAIOR DE IDADE. CÓDIGO CIVIL DE 1916.** EFEITOS JURÍDICOS RESTRITOS QUANTO AOS DIREITOS DO ADOTADO. SUPERVENIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ISONOMIA ENTRE FILIAÇÃO BIOLÓGICA E ADOTIVA. **DIREITO CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL. RETROATIVIDADE MÍNIMA DA CONSTITUIÇÃO. ALCANCE QUE NÃO TRANSMUDA A ESSÊNCIA DO ATO JURÍDICO PERFEITO. ADOÇÃO CARTORÁRIA ENTRE AVÓS E NETA.** AUSÊNCIA DE VÍNCULOS CORRELATOS AO ESTADO DE FILIAÇÃO. FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE PREVIDENCIÁRIA. VALORES NÃO PROTEGIDOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. **Controvérsia acerca do alcance de escritura pública de adoção simples** celebrada entre avós e neta maior de idade no regime do Código Civil de 1916, da qual não resultavam plenos direitos ao adotado, se comparada com a chamada adoção plena ou com a filiação biológica. Confronto entre tal sistemática e a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a igualdade de direitos entre filhos havidos ou não da relação de casamento (art. 227, § 6º).

2. Nos termos do entendimento reafirmado desde a paradigmática ADIn. 2/DF, relator Ministro Paulo Brossard, julgada em 6/2/1992, entende-se que **o confronto entre o direito pré-constitucional e a Constituição superveniente não transita exatamente no âmbito do controle de constitucionalidade propriamente dito, mas nas regras e princípios de direito intertemporal, havendo apenas relação de recepção ou não recepção (revogação) entre as normas em conflito.**

Assim, mostra-se plenamente viável o exame de eventual contraste entre a Constituição Federal e normas anteriores a ela, independentemente da observância da cláusula de reserva de plenário (Súmula Vinculante n. 10/STF e art. 97 da CF/1988).

3. Em direito das sucessões, em linha de princípio, não há falar em direito adquirido, uma vez que o direito de herança é, efetivamente, estabelecido por ocasião da morte, momento em que ocorre a transferência do acervo hereditário a quem o titulariza. **O CERNE DA CONTROVÉRSIA EM EXAME,** todavia, embora não orbite mesmo a problemática do direito adquirido, **HOSPEDA-SE NA ANÁLISE DA PRESERVAÇÃO DO**

ATO JURÍDICO PERFEITO, UMA VEZ QUE SE ESTÁ A APRECIAR OS EFEITOS PASSADOS E FUTUROS DE UMA ADOÇÃO POR ESCRITURA PÚBLICA; adoção essa que, aliás, não é instituto de direito sucessório, mas de **direito de família**.

4. As normas do Código Civil de 1916, no que concernem à adoção simples por escritura pública de pessoa maior, guardavam profundas distinções com as normas ora existentes no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no Código Civil de 2002, distinções essas que já existiam com o antigo Código de Menores (Lei n. 6.697/1979).

Somente a chamada “ADOÇÃO PLENA” - REGIDA PELO CÓDIGO DE MENORES E RESTRITA A CRIANÇAS DE ATÉ 7 (SETE) ANOS DE IDADE, QUE SE ENCONTRAVAM EM SITUAÇÃO IRREGULAR - ATRIBUÍA A SITUAÇÃO DE FILHO AO ADOTADO, DESLIGANDO-O DE QUALQUER VÍNCULO COM PAIS E PARENTES BIOLÓGICOS, COM EXCEÇÃO dos impedimentos matrimoniais. Diante da imperfeição de vínculos, a formalidade reduzida a escritura pública – sem procedimento judicial prévio –, somada à nota da convergência de vontades e a possibilidade de ruptura pelo consenso das partes, há doutrina antiga a apregoar, inclusive, a natureza meramente contratual da adoção simples de maiores.

5. Com efeito, cumpre analisar se a Constituição Federal, ao nivelar a filiação biológica de filhos havidos ou não do casamento e a filiação adotiva - o que significou, sem sombra de dúvidas, inegável acerto -, promoveu ou não alteração nas situações jurídicas antes acomodadas sob a rubrica de “adoção simples” de maiores, que possuía efeitos limitados e era regida pelo Código Civil, convertendo-as em “adoções plenas”, antes regidas pelo Código de Menores, com efeitos amplos de toda ordem, familiar, patrimonial e sucessório.

6. É IRRELEVANTE O CONFRONTO ENTRE A “ADOÇÃO SIMPLES” LEVADA A EFEITO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E OS DEMAIS DIPLOMAS POSTERIORES, COMO O ECA E O CÓDIGO CIVIL DE 2002, mesmo para regular os efeitos futuros do ato praticado no passado, TENDO EM VISTA NÃO SER ADMITIDA A RETROATIVIDADE DA LEI EM NENHUMA INTENSIDADE (Mínima, Média Ou Máxima), SOB PENA DE ATINGIR O ATO JURÍDICO PERFEITO. Precedentes do STF e do STJ.

7. A celeuma hospeda-se, portanto, no chamado DIREITO CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL, que POSSUI FEIÇÃO DISTINTA DO DIREITO INTERTEMPORAL COMUM, e consiste em saber se a Constituição Federal, ao

estabelecer, de forma inovadora e mais que acertada, a isonomia entre os filhos biológicos e adotivos, manteve-se fiel aqueloutro princípio igualmente importante, relativo à proteção **do ato jurídico perfeito**, ou se, ao reverso, derramou retroativamente esse novo valor doravante abraçado (isonomia entre filhos adotivos e biológicos) em situações jurídicas concretizadas na ordem jurídica superada.

8. **EM DIREITO CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL, ADOTA-SE A TESE SEGUNDO A QUAL A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**, por obra do poder constituinte originário, em regra, **possui RETROATIVIDADE MÍNIMA**, apanhando apenas os efeitos futuros do ato **PRATICADO NO PASSADO COM ELA INCOMPATÍVEL, EXCETO SE FIZER RESSALVA QUANTO A ISSO, DEPENDENDO IGUALMENTE DE PREVISÃO EXPLÍCITA A EVENTUAL RETROATIVIDADE MÉDIA E MÁXIMA**.

9. No caso em exame, a **pretensão de transformar a chamada “adoção simples”** de pessoa maior de idade, realizada por mera escritura pública e com nítido cariz contratual, **em adoção plena** - para cuja realização desde sempre se exigiu intervenção judicial e propósitos nobres ainda hoje abraçados pelo ordenamento jurídico - não significa simplesmente apanhar os efeitos futuros relativos ao direito sucessório. **Em verdade, significa alterar a própria essência do título, perfeito e acabado por ocasião de sua feitura, agregando-se lhe novos e imprevisíveis efeitos, o que configura a chamada retroatividade máxima, não prevista expressamente pela Constituição para o caso.**

10. Não fosse por essa relevante questão de direito constitucional intertemporal, já antes mesmo do advento da Carta de 1988, do ECA e do Código Civil de 2002, a doutrina civilista, em linha de princípio e com ressalva de situações excepcionais, entendia ser descabida a adoção entre avós e neto, sobretudo quando inexistente relação de filiação afetiva, moradia comum ou dependência moral ou econômica.

11. A adoção por avós de neto maior de idade, no sistema do Código Civil de 1916, sem que houvesse a constatação de estado de filiação de fato, em princípio, não satisfazia nenhum propósito legítimo, notadamente quando o adotante, como no caso, possuía filhos biológicos. Tampouco proporcionava aproximação ou criação de vínculos afetivos, não tinha como desígnio a retirada de pessoa de situação de desabrigo material, e, não tendo eficácia plena, também não conferia direitos sucessórios ao adotado. Ou seja, não há outra explicação lógica para a adoção cartorária como a ora em exame, entre avós (com filhos biológicos) e neta maior de idade, senão a de que foi levada a efeito para fins exclusivamente previdenciários.

12. E foi exatamente essa a moldura fática reconhecida pelo acórdão recorrido, no sentido de que a mencionada adoção não visou outro propósito senão ao recebimento de pensão militar, que somente era paga a filhas de militares. Tendo sido o de cujus genitor apenas de filhos homens, a adoção simples prevista no Código Civil de 1916 serviu bem a esse desiderato.

13. O vínculo nascido da adoção meramente cartorária, como a dos autos, realizada entre avós e neta maior de idade, puramente para fins previdenciários, não é aquele vínculo visado pela Constituição Federal de 1988, ao igualar as várias modalidades de filiação. **A isonomia fincada na Carta de 1988 visou, a toda evidência, igualar situações jurídicas de quem efetivamente sempre foi filho, por vínculos biológicos ou sócio afetivos, mas que o ordenamento jurídico anterior, por inveterado preconceito ou por vetusto moralismo, teimava em conferir tratamento jurídico diferenciado.** Não é o caso dos autos.14. Recurso especial não provido. (REsp 1292620 / RJ – RECURSO ESPECIAL - 2011/0268461-6 - Relator Ministro RAUL ARAÚJO (1143) – Relator para acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) - Órgão Julgador T4 –QUARTA TURMA – Data do Julgamento 25/06/2013 – Data de Publicação/Fonte DJe 13/09/2013). (g.n.).

Como visto, entendo que, nestes autos de jurisdição voluntária, é impossível atender ao pedido da autora, substituindo-se os nomes dos seus pais biológicos pelos dos seus avós adotantes, em razão de que tal medida, se autorizada fosse, implicaria a desconstituição de um ato jurídico perfeito e, por conseguinte, feriria de morte o texto da Constituição de 1988.

Mesmo que aforada sob o Procedimento de Jurisdição Contenciosa, **Ação Declaratória cumulada com Re-Ratificação de Assento Civil**, também entende este Fiscal da Ordem Jurídica, data vênia, que o pleito continuaria vulnerando frontalmente o instituto do Ato Jurídico Perfeito hospedado na Magna Carta (art. 5.º, XXXVI, CRFB), ainda que se possa asseverar se tratar, o Conhecimento da Filiação, de Direito Personalíssimo, indispensável e imprescritível, albergado no Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana ou que persistirão conflitos de indicação de filiação nos documentos da Requerente, além de alegações de que devam prevalecer razões sentimentais. Tal debate já será de competência de uma das Varas de Família.

Destarte, a adoção, realizada por **escritura pública, datada de 23/03/1988, obedeceu aos ditames legais vigentes à época, não havendo como reconhecer sua invalidade e excluir do assento da Requerente os nomes de seus pais biológicos, para permanecerem somente os nomes dos avós adotantes.** Ainda que nulidade houvesse, essa deveria ter sido alegada dentro do prazo prescricional, o que, contudo, não ocorreu, conforme inteligência do artigo 373, do revogado Código Civil de 1916: “Art. 373. O adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no ano imediato ao

em que cessar a interdição, ou a menoridade.” Assim, foram adimplidos e satisfeitos os pressupostos de validade do ato, produzindo a adoção seus efeitos jurídicos.

Quanto ao **aspecto sucessório**, é cediço que a capacidade de suceder será regida através da lei da época da abertura da sucessão, não comportando eficácia retroativa o disposto no artigo 227, §6.º, da Constituição Federal, pois tais direitos são adquiridos por ocasião da abertura da sucessão regendo-se esta pela norma vigente ao tempo de sua abertura, que ocorre com o óbito do inventariado. Logo, se a sucessão for aberta depois da promulgação da Constituição Cidadã de 1988, deverá ser observado o Princípio da Igualdade entre os herdeiros descendentes. Eis o que sustenta a melhor doutrina sobre o tema:

8.9. A igualdade na filiação. Uma das evoluções mais significativas do direito de família foi o estabelecimento da igualdade irrestrita entre os filhos, eliminando qualquer resquício discriminatório que lhes impunha as consequências dos atos e do estado familiar dos pais. Não mais se pode usar o casamento como critério de legitimação dos filhos e, por conseguinte, da atribuição de direitos: Todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, conforme estabelece o art. 227, §6.º, da Constituição Federal de 1988. (...). A legitimidade era, assim, uma categoria que impunha superioridade, ou seja, os filhos advindos da relação matrimonial estavam em um *status* superior em relação aos demais. Vigorava, de forma inquestionável, o paradigma da paternidade presumida, que determinava o casamento como critério legitimador. Entretanto, tal critério legitimador ensejava uma situação de extrema injustiça, vez que os direitos dos filhos eram condicionados à relação existente entre seus pais. (...). Assim, a igualdade não se pode restringir ao âmbito formal, mas seu significado efetivo abrange a seara material, ou seja, visa implantar uma efetiva igualdade entre os filhos, no âmbito material, espiritual, no tratamento afetivo, etc. O rígido processo evolutivo pelo qual passaram as relações de filiação foi marcado pela sua funcionalização, despatrimonialização e despenalização. Afinal, os filhos não podem ser responsabilizados pelos atos dos seus pais. (CANOTILHO, J.J.Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz, São Paulo, SARAIVA: 2013, p. 2134/2135).

Dessa feita, na condição de presentante do **MINISTÉRIO PÚBLICO** e Fiscal da Ordem Jurídica, com arrimo no art. 5º, XXXVI, da CF/88 c/c art. 6º da LINDB, manifestou-me no sentido de que o pedido de retificação registral seja julgado **IMPROCEDENTE**, principalmente por não fazer a nova ordem constitucional qualquer ressalva no que se refere às situações preexistentes.

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

Além disso, requiro a Vossa Excelência que oficie à Secretaria de Segurança Pública do Estado do Pará (SEGUP), a recomendar que se faça a expedição do documento de identidade, respeitando-se o ato jurídico perfeito em comento.

É a manifestação.

Belém (PA), 30 de abril de 2015.

JOÃO GUALBERTO DOS SANTOS SILVA
1º PROMOTOR DE JUSTIÇA REGISTROS PÚBLICOS

Entrevista





DOUGLAS FISCHER

Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2006). Membro do Ministério Público Federal desde 1996, exerceu as atribuições de Coordenador Criminal e de Procurador-Chefe da Procuradoria da República no RS nos anos de 2002 e 2003. Atualmente exerce suas funções como Procurador Regional da República na 4ª Região. Desde 18.09.2013, está designado, com prejuízo parcial de suas atribuições perante a PRR4ª Região, como Procurador-Assessor no Gabinete do Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Coordenador Jurídico do Grupo de Trabalho Lavajato junto ao Gabinete do PGR. Integrante da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (designação do CSMPF em 4.5.2010) até 4.5.2012. Coordenador de Ensino do MPF na Escola Superior do Ministério Público da União de julho de 2010 até janeiro de 2014. Atuou como subprocurador-Geral da República no período de 12.03.2007 a 09.04.2007, oficiando perante a 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça. Coordenador por cinco edições do Curso de Ingresso e Vitaliciamento dos Procuradores da República. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União. Professor da pós-graduação da Escola Superior da Magistratura Federal no RS. Professor da Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público no Rio Grande do Sul. Professor da Pós-Graduação do Instituto de Direito Público (IDP), Brasília. Em 14 de agosto de 2012, designado para auxiliar o então Senador Pedro Taques, Relator do Projeto de Lei nº 236/2012, que trata da reforma do Código Penal Brasileiro. Integrante da Banca dos 28º e 29º Concurso de Procurador da República (processo penal).

* Por Lauro Francisco da Silva Freitas Júnior, 6º Promotor de Justiça Criminal do Ministério Público do Estado do Pará; Município de Marituba.

1 – Qual a importância da formação de uma força tarefa para o combate ao crime de organização criminosa como nos casos da operação Lava-Jato?

A pergunta é muito importante. Após mais de 20 anos de Ministério Público Federal, sempre atuando na área criminal (em primeiro grau por 7 anos, perante o TRF4 por 13 anos e, nos últimos três anos, concomitantemente no STF em auxílio ao PGR), posso afirmar, sem sombra de dúvidas, que é essencial a constituição de forças-tarefas para o combate de organizações criminosas, tais como as visualizadas atualmente na Operação Lavajato. São inúmeros fatores que levam a bom termo os resultados obtidos, mas o trabalho em equipe, coordenado, tanto horizontal (entre os membros a equipe) como verticalmente (em todas as instâncias), são fundamentais para vencer a enorme quantidade de investigações que precisam ser realizadas concomitantemente e com prazos exíguos, sempre pautando a atuação pela observância do devido processo legal.

2 – Em vista da complexidade e estruturação das organizações criminosas, bem como, da dificuldade da colheita de provas quanto às práticas desses crimes, é possível afirmar que a colaboração premiada constitui-se no meio mais eficaz para a obtenção de tais provas? As delações podem ser coligadas, validamente, com indícios ou provas indiretas para a formação de um decreto condenatório?

Não tenho dúvidas em afirmar que, como regra, no âmbito de criminalidade organizada (notadamente aquela que envolve delitos de corrupção, lavagem de dinheiro, crimes contra o sistema financeiro), não há como investigar, eficazmente, se não houver a colaboração de um membro de menor importância dentro da organização para indicar como é a estruturação e a prática dos crimes. Stephen Trott, juiz americano, em entrevista concedida à Revista Veja em 6.12.2015, reconheceu expressamente (e estou integralmente de acordo) que “em investigações de grandes organizações criminosas, como as que envolvem crimes de colarinho branco, corrupção governamental, tráfico de drogas e terrorismo. Em casos como esses é impossível investigar a fundo sem o uso de criminosos como informantes“. Já tivemos situações – e tenho exemplificado isso em algumas falas minhas – em que o colaborador (um empresário que pagava propinas para obter contratos bilionários) reconheceu que o método que utilizada (dentre outros) era mediante “doações eleitorais oficiais“, pagando via “caixa 1“. O dinheiro entrava no caixa da empresa mediante um superfaturamento do contrato na ordem de aproximadamente 3% (difícil de detectar), mas como era um percentual sobre uma base bilionária, os recursos desviados eram na ordem de milhões de reais. Desse modo, o empresário repassava a propina mediante uma doação oficial, registrada, contabilizada e aprovada pelo Poder Judiciário (que não tinha como não homologar, diante da total aparência de licitude da doação – hoje não mais possível mediante doações diretas de empresas). Esses valores “doados“ para partidos políticos eram, paulatinamente, “descontados“ de uma tabela de propina, até “zerar“ o que era “devido“ no ajuste

criminoso com os agentes públicos corrompidos. Numa frase: seria praticamente impossível descobrir essa trama sem não houvesse a revelação dos fatos por um colaborador que integrasse esse conluio criminoso.

Quanto à segunda parte da questão, a resposta é afirmativa. Primeiro porque nosso sistema jurídico admite expressamente a utilização de indícios e provas indiretas como meio de convicção judicial (art. 239, CPP), desde que haja a devida fundamentação pelo Poder Judiciário. Em segundo lugar, muitos dos crimes cometidos por organizações criminosas (notadamente aqueles de cunho “financeiro”) não possuem provas diretas, diferentemente da “criminalidade tradicional”. Assim, visualizo como absolutamente legal e constitucional a conjugação dos elementos, salientando, porém, que a própria Lei 12.850/2013 corretamente ressalta que ninguém poderá ser condenado *exclusivamente com base apenas nas declarações orais* de um colaborador.

3 – Percebeu-se que no âmbito da operação Lava-Jato ocorreram diversas cisões processuais de casos envolvendo acusados com prerrogativa de foro e corréus sem esse privilégio, o desmembramento de tais processos violaria as regras de continência previstas no art. 77 do CPP? Pode-se afirmar que houve uma superação paulatina da súmula 704 do STF desde o caso mensalão?

Tenho entendimento há muito exteriorizado que as regras de conexão e continência (que são para *modificação* de competência territorial) não poderiam alterar as regras (constitucionais) de competência em razão da prerrogativa de foro ou em razão da matéria. Admito, porém, que há excelentes argumentos no que se refere à continência subjetiva (art. 77, I, CPP), exatamente como forma de, em casos sempre excepcionais, permitir uma unicidade da jurisdição em razão de duas ou mais pessoas que tenham praticado conjuntamente o mesmo fato criminoso. De qualquer modo, o que releva destacar é que, após a experiência do STF (que não é um tribunal – e nem deveria ser – talhado para julgamento de inúmeras ações penais originárias) no julgamento da AP 470 (Caso Mensalão), vendo todas as dificuldades de processamento (foram seis meses de julgamento, com paralisação dos demais julgamentos penais), acabou modificando seu entendimento no julgamento do Agravo Regimental no Inquérito n. 3.575 (embora a ementa do julgado não reflita exatamente o que foi decidido): a regra agora é a cisão processual, mantendo-se a unidade (por continência, não pela conexão) quando houver a demonstração (pelo Ministério Público) que a apuração das provas poderá ser prejudicada se não garantida a unicidade jurisdicional.

Especificamente em relação à Súmula 704-STF, tenho um texto publicado (fácil de localizar na rede web) em que procuro demonstrar que os equívocos maiores não estão na própria súmula, mas na sua aplicabilidade indiscriminada para inúmeras situações, a grande maioria delas violadoras das regras fundamentais de competência.

4 – Na hipótese em que uma das partes venha se retratar da proposta de delação, antes da homologação do acordo, qual o destino das provas produzidas com a participação do colaborador?

A Lei 12.850/2013 é absolutamente clara nesse sentido: essas provas não poderão ser utilizadas em hipótese alguma. É como compreendo o disposto no art. 4º, § 10º: *“As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”*. Registro, porém, conhecer posicionamentos diversos na doutrina. Aproveitando, gostaria de referir que, em minha modesta compreensão, a melhor obra sobre colaboração premiada publicada atualmente no Brasil é de Frederico Valdez Pereira, está na terceira edição, na qual tive a honra de fazer a apresentação dessa última edição.

5 – Quais as contribuições deixadas pela operação Lava-Jato no âmbito das investigações preliminares realizadas pelo Ministério Público por meio dos PIC’s (Procedimento Investigatório Criminal)?

Importante referir que a maioria dos procedimentos investigatórios no âmbito da Operação Lavajato se deu em inquéritos policiais ou “judiciais” (aqueles que têm trâmite perante o STF nos termos da Lei n. 8.038). De qualquer modo, foram feitas investigações concomitantes em procedimentos investigatórios criminais. E não tenho dúvidas em afirmar que, diante da complexidade do caso, foram fundamentais para o sucesso do trabalho. Relembro muito bem a hipótese em que um colaborador que havia assinado seu acordo em primeiro grau veio posteriormente apresentar dados complementares que indicavam a participação nos esquemas criminosos de um parlamentar federal. Foi instaurado um procedimento investigatório no qual foram solicitadas as autorizações judiciais do STF para os casos de reserva de jurisdição. O sucesso foi total, rápido, eficaz, sigiloso.

6 – Seria correto falar que existe uma cultura de corrupção no Brasil? Em sua opinião, a operação Lava-Jato pode ser considerada como um marco de ruptura dessa cultura?

A corrupção não é um “problema do Brasil”. Infelizmente é ínsito a todas as sociedades. Nosso gravíssimo problema está na nossa posição no ranking da transparência internacional: caímos 7 posições no último ano, ocupando atualmente a 76ª posição. Isso é grave, gravíssimo.

Tenho afirmado também que a corrupção precisa ser combatida fortemente com o uso do Direito Penal. E para tanto utilizo as próprias palavras de Luigi Ferrajoli (cujos ensinamentos, na minha modesta visão, são muito deturpados em terras brasileiras) quando diz que o Estado deve preocupar-se com infrações como “corrupção, balanços falsos, dinheiro sem origem e ocultos, fraudes ou lavagem de dinheiro, ao contrário do que normalmente se faz em relação à propaganda da necessária punição exclusiva dos crimes que ocorrem nas ruas (FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 254).

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

Nesses crimes a tradicional doutrina de que o Direito Penal “não resolve” é inaplicável. Esse tipo de criminalidade – e a Operação Lavajato confirmou isso – realmente necessita do Direito Penal como forma de repressão e prevenção geral positiva.

Outra questão: compreendo que não será a Operação Lavajato que ensejará, nos termos da pergunta, a “ruptura dessa cultura”. Ela foi e é fundamental para mostrar que é possível e devido responsabilizar – com firmeza e penas duras, mas sempre observando o devido processo legal - essa criminalidade tão grave que assalta os cofres da sociedade. Porém a verdadeira mudança deve ser de comportamento da sociedade. Precisamos mais educação, em escolas, em casa, nos clubes, em nosso convívio social, para compreendermos que não podemos “levar vantagem” em detrimento dos demais. Furar filas, estacionar carro em vaga destinada a deficientes, não pagar a conta corretamente (vendo que foi cobrada a menor), essas são situações bem simples, do cotidiano, que são fundamentais a mudança de comportamento. Leandro Karnal (suas falas podem ser encontradas facilmente no youtube) disse algo que estou integralmente de acordo: não há governos e agentes públicos corruptos se a sociedade não for corrupta. Se a sociedade não tolerar o comportamento corrupto, a corrupção não vai se sustentar. Precisamos pensar nisso e investirmos muito na educação da população. Mas claro, repito, a Operação Lavajato é um marco para demonstrar a importância de haver uma mudança de comportamento.

7 – A atual mudança na jurisprudência do STF quanto à execução provisória da pena após a decisão da apelação em 2º instância representa um avanço no combate à corrupção e às organizações criminosas? O senhor acredita que esse entendimento pode ser revertido em plenário quando do julgamento das ADC’s nº 43 e 44?

Bem, posso falar com absoluta tranquilidade sobre o tema. Quando o Supremo Tribunal Federal exarou a decisão no (então) HC 84.078-MG (Rel. Min. Eros Grau), escrevi um texto (depois aprimorei e inclusive coloquei uma síntese nele nos Comentários ao CPP e sua Jurisprudência que escrevo em coautoria com Eugênio Pacelli – e ele tem posição diversa à minha, registre-se) criticando o entendimento do STF, que estava visualizando apenas uma parte do problema e uma leitura isolada e literal de um único dispositivo da Constituição. Respeito posicionamentos em contrário, mas antes concito a quem destila argumentos às vezes muito ácidos contra esse posicionamento que pelo menos analise o que sustento. Posteriormente, quando do julgamento do HC 126.292 pelo STF, grande parte do que sustentei naquele texto foi reconhecido pelo STF (notadamente nos votos dos Ministros Teori Zavascki e Luís Barroso).

Creio que o STF não deve (pelo menos não deveria) mudar o seu entendimento nas ADC’s 43 e 44 (no presente momento que respondo essas questões não foi ultimado o julgamento, apenas há o voto de um ministro). Se permite, gostaria aqui de copiar as conclusões que tive após analisar longamente o tema acerca da denominada execução da pena (que não acho deva ser nominada de “provisória”), que estão na obra Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, 2016, 8 ed.:

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

“Retomando as premissas de Carlos Bernal Pulido, anteriormente analisadas, essencial ser mais enfático e objetivo para concluir que a exigência do exaurimento recursal das instâncias *extraordinárias* para se iniciar a execução de penas no Brasil importa violação ao Princípio da Proporcionalidade (mas pela proibição de insuficiência), porque tal posicionamento (partindo da interpretação *isolada* do art. 5º, LIV, CF), em nossa compreensão:

a) fere a *idoneidade*, porque protege isoladamente (e de maneira supervalorizada individualmente) interesses únicos do réu que já foi condenado, sem que se favoreça minimamente a proteção dos interesses gerais e sociais, notadamente a prevenção geral positiva e a prevenção especial, diante da (muitas vezes ocorrente) prescrição (intercorrente);

b) fere a *necessidade*, porque, pela interpretação sistêmica, há também na própria Constituição a previsão do *habeas corpus*, que é muito mais amplo e apto (eficaz) para a proteção de forma mais objetiva e na máxima medida possível dos direitos fundamentais dos réus-condenados que eventualmente tenham sido violados; e não se olvide, ainda, das medidas cautelares para conferir efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária (que poderão ser utilizadas especialmente diante da revisão de entendimento do STF no julgamento do HC nº 126.292-SP, Rel. Min. Teori Zavascki (Plenário, 17.2.2016, 7x4 votos); vide art. 1.029, § 5º, NCPC, com a redação da Lei nº 13.256/2016, aplicável aos recursos de natureza penal por força do art. 3º, CPP;

c) viola a *proporcionalidade em sentido estrito*, pois o grau de favorecimento da norma invocada, isoladamente vista, é absolutamente inferior e desproporcional ao grau em que não se realiza o dever fundamental de o Estado agir de forma eficaz em detrimento daqueles que, mediante o devido processo legal, já restaram condenados criminalmente nas instâncias ordinárias (se não com possibilidade de revisão por um órgão colegiado, ao menos com a análise do fato imputado por mais de um juiz *prerrogativa de foro*).

[...]

Em face do que tudo exposto, conclui-se que:

a) a análise *isolada* do contexto geral da Constituição do conteúdo do preceito insculpido no art. 5º, LVII, CF (“*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”), pode levar à conclusão (teórica, jurídica e fática) de que se revelaria impossível a execução da pena enquanto não exauridas todas as instâncias recursais, inclusive as extraordinárias;

b) a análise *sistêmica* do ordenamento constitucional permite afirmar que **não há** violação do referido preceito em se permitir a execução da pena privativa de liberdade se pendentes (exclusivamente) os recursos extraordinários e/ou especiais (ou então agravos de instrumento contra a denegação de seus

processamentos), notadamente porque, como sempre foi possível, há a possibilidade de conferir efeito suspensivo aos recursos em situações excepcionais (art. 1.029, § 5º, NCPC, com a redação da Lei nº 13.256/2016, aplicável aos recursos de natureza penal por força do art. 3º, CPP), como também se pode utilizar meio constitucional (*habeas corpus*) muito mais amplo e apto (eficaz) a proteger de forma absolutamente mais objetiva e na máxima medida possível os direitos fundamentais dos réus-condenados, não havendo, em decorrência, qualquer possibilidade de frustração da aplicação das sanções a quem foi devidamente condenado mediante a observância do devido processo legal;

c) concatenando-se as previsões constitucionais, não há lugar para os excessos (em detrimento do cidadão-processado), nem para a inoperância/deficiência da prestação do serviço estatal (em detrimento dos interesses coletivos, relacionada diretamente com a eficiência e garantia da segurança social e pública), encontrando-se, nesse equilíbrio, verdadeira sistematização de preceitos que se revelam obedientes aos limites do Princípio da Proporcionalidade“.

8 – Como o senhor avalia a recepção do garantismo penal no Brasil? Existem vários “garantismos”? Em que se constitui o garantismo hiperbólico monocular?

Bem, aqui o tema é muito mais sensível. Fui eu quem cunhou essa expressão, embora hoje eu procure mais enfatizar a necessidade de defendermos um “garantismo penal integral” (visto sob todos os ângulos, daí a referência ao “Integral”). Há quem sustente no Brasil que o garantismo seria uma técnica exclusivamente para proteção dos interesses do réu ou investigado. Alguns doutrinadores, inclusive, lamentam dizer, fazem até piadas das minhas conclusões acerca do garantismo.

Li quase todas as obras de Ferrajoli. A partir dessas leituras, verifiquei que o que era dito por aqui não concidia exatamente com o que defendido por Ferrajoli, mas apenas uma parte do que ele fala. Comecei a escrever, cunhando a expressão do garantismo monocular. Vários outros textos sucederam. Surgiu a ideia então, incentivado muito pelo colega e amigo Bruno Calabrich, de escrever uma obra sobre o tema. E assim surgiu, originariamente com apoio da Escola Superior do Ministério Público da União, a primeira edição da obra intitulada “Garantismo Penal Integral“. A recepção foi boa, saindo a segunda edição e uma reimpressão. Os autores são juízes, advogados, promotores, estudantes, enfim quem estava interessado em colaborar no tema. Pessoalmente tive a oportunidade de entregar as duas primeiras edições – em momentos distintos – ao próprio Professor Luigi Ferrajoli. Pouco antes de sair a terceira edição, foi feito o convite a ele para escrever um texto e integrar a discussão diretamente. Eis que ele concordou e enviou um texto intitulado “O Ministério Público como uma instituição de garantias“. Está a partir da terceira edição, em

italiano e com tradução feita por nós. Destaco que os autores e os organizadores recebem direitos autorais em pequenas quotas de livros. A intenção da obra foi exclusivamente apresentar uma leitura acerca do garantismo, que não é a que muitos fazem, especialmente com viés exclusivamente de interesses defensivos.

Se permitir, extraio da apresentação feita pelos organizadores a seguinte síntese:

Em uma das obras mais recentes sobre o “pensamento garantista” de Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*¹ (2008), tal como na raiz de sua obra maior, *Derecho y razón*, se bem compreendida, extrai-se que o mestre italiano reconhece expressamente que o termo “garantia” consiste numa expressão léxico-jurídica com a qual se designa a técnica normativa de tutela de um *dereito subjetivo*. Contudo, como sempre fez, Ferrajoli enfatiza que *dereitos subjetivos fundamentales individuales* são tanto aqueles correlacionados com os (tradicionais) *dereitos negativos* (como os direitos de *liberdade*, aos quais correspondem proibições de “não lesionar”), como também os *dereitos positivos*, como os de natureza social ou difusa, aos quais correspondem obrigações de prestações por parte dos poderes públicos. A doutrina de Ferrajoli tem como premissas as *garantias primárias* – aquelas consistentes nas obrigações ou proibições que correspondem aos direitos subjetivos garantidos – e as *garantias secundárias* ou jurisdicionais – as obrigações, por parte dos órgãos judiciais, de aplicar (com efetividade) a sanção quando praticados atos ilícitos ou de declarar a nulidade de atos que violem direitos subjetivos. Como bem salienta José Luis Martí Mármol, “el paradigma constitucional incluye asimismo, según Ferrajoli, los siguientes grupos de derechos fundamentales: derechos políticos (o de autonomía pública), derechos civiles (o de autonomía privada), derechos liberales (o de libertad) y derechos sociales”².

Sem qualquer pretensão reducionista, pode-se sintetizar que o pensamento garantista nada mais é do que a face do *constitucionalismo*. Ocorre que, segundo nossa compreensão, não se tem difundido no Brasil que Ferrajoli reconhece expressamente o desenvolvimento de uma *nova criminalidade*, “de la cual provienen las ofensas más graves a los derechos fundamentales: la criminalidad del poder [...]”³. De igual forma, costuma-se ignorar o alerta feito por Ferrajoli no sentido de que o Estado deve preocupar-se notadamente com as infrações cometidas pelos *caballeros* – corrupção, balanços falsos, valores sem origem e ocultos, fraudes fiscais ou lavagem de dinheiro –, ao contrário do

¹ Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 61.

² Martí Mármol, José Luis. El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: um análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales. In: Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 384.

³ Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, p. 200.

que normalmente se faz em relação à propaganda da necessária punição exclusiva dos crimes que “ocorrem nas ruas”⁴.

Composto de escritos relacionados especialmente com a denominada *criminalidade moderna*, e dentro de um espectro declaradamente *democrático* quanto aos participantes e aos conteúdos desenvolvidos, o presente trabalho procura trazer ao leitor e à comunidade jurídica brasileira reflexões que traduzem uma profunda preocupação com os rumos tomados pela persecução penal em nosso direito aplicado.

É importante frisar que, nem de longe, será nossa pretensão (nem a de nenhum dos demais autores) um retorno à maximização da tutela penal. Não é disso que aqui se trata. Em nossa compreensão, *garantista* é o pensamento que se alinha com a consideração harmônica de *todos* (por isso *integral*) os valores, princípios e regras constitucionais, e não apenas com a consideração (*parcial*) da necessária proteção dos *direitos fundamentais individuais*. Alinhamo-nos expressa e abertamente entre os que entendem basilar o respeito às garantias e direitos fundamentais subjetivos. Estamos com os que situam a tutela penal como garantidora dos valores essenciais (estes apenas) do ordenamento. Entretanto, na linha do *integral* pensamento garantista, defendemos que num Estado Social e Democrático de Direito não se pode prescindir, direta ou indiretamente, explícita ou veladamente, da tutela penal como um de seus marcos basilares, responsável pela proteção daqueles núcleos axiológicos fundamentais sobre os quais se assentam suas estruturas.

Muitas das ideias aqui apresentadas opõem-se às constantes tentativas de deslegitimação *em abstrato* da persecução penal (mais facilmente percebida quando se trata de resolver conflitos decorrentes de infrações praticadas por agentes integrantes da chamada *upper class*). Boa parte dessas investidas é realizada por meio de juízos vazios, às vezes até por incompreensão do que se está falando; em situações piores, promove-se a falsificação ou a deturpação de conceitos, institutos e inteiras teorias. Entre nós, não tem sido incomum a invocação de *supostos* postulados garantistas que, muitas vezes, nada mais são do que a mistificação de teses defensivas travestidas de “autêntica” doutrina, quando não um simples e desavergonhado apanágio à impunidade.

O equilíbrio entre o respeito às liberdades individuais – com a necessária limitação à atividade estatal que fira a esfera inquebrantável do cidadão – e a mão firme do Estado a coibir e reprimir as condutas que atentem contra a ordenação básica do convívio (proteção dos interesses coletivos e sociais) é o que se espera, especialmente das instituições encarregadas de traduzir em termos práticos o que dita *no todo* a Constituição da República“.

E, permitindo novamente a transcrição, digo eu no texto que era o primeiro no livro (e a partir da terceira edição sucede o texto do Professor Luigi Ferrajoli), intitulado “O que é garantismo penal integral?”⁴ que

⁴ Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, p. 254.

Ferrajoli entende que não é possível falar com decência de democracia, igualdade, garantias, direitos humanos e universalidade de direitos se não levarmos (na íntegra) finalmente a sério – *segundo a fórmula de Dworkin* – a Declaração Universal dos Direitos da ONU de 1948 e os Pactos sobre os Direitos de 1966⁵.

Acorrendo-se à Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶ (que serviu de paradigma para muitos dispositivos de nossa Carta Constitucional), fácil visualizar que há obrigatoriedade de proteção a direitos individuais e coletivos e que seja considerada a existência também de deveres fundamentais (exemplificativamente, vide artigos III, X, XI e XXIV).

Diante do exposto, não concordamos com as posições doutrinárias e os entendimentos jurisprudenciais que (mesmo sem explicitamente reconhecer) interpretam que o *garantismo (penal)* importe a prevalência indiscriminada *somente* de direitos fundamentais *individuais* sobre os demais direitos, valores, princípios e regras constitucionais, sem sopesação alguma e, sobretudo, diante de interpretações lítero-gramaticais e ocorrendo a verdadeiros *argumentos de autoridade* (e *não autoridade dos argumentos*) como forma de justificar a decisão tomada.

Igualmente não concordamos com a difusão de pensamentos de que o eventual desrespeito à forma das regras processuais implique, necessariamente, a nulidade não só do ato como de todo o processo. Observância às garantias fundamentais não se limita à visão apenas das “formas”. Nestes casos, há se superar o argumento da formalidade, com a séria observação (essa sim verdadeiramente garantista) de que jamais se poderá causar *efetivo* prejuízo ao investigado ou réu no âmbito da relação processual.

Há muito adverte García de Enterría⁷ que o juiz constitucional (entendemos nós, todos os juízes, mormente no Brasil, em que se permite a “filtragem difusa”), ao decidir o caso concreto, não pode perder de vista, em momento algum, as consequências práticas da decisão que tomar e que certas sentenças têm efeitos vinculantes gerais ou com força de lei. Essas sentenças podem ocasionar catástrofes não apenas para o caso concreto, mas para outros inúmeros casos, e, quando tais sentenças são politicamente inexatas ou falsas (no sentido de que arruinam as tarefas políticas legítimas de administração do Estado e de efetiva proteção dos interesses individuais e coletivos), a lesão pode alcançar toda a comunidade. Encerra com assertiva incisiva, porém correta, ao menos para nós:

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 31.

⁶ Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 24 nov. 2014.

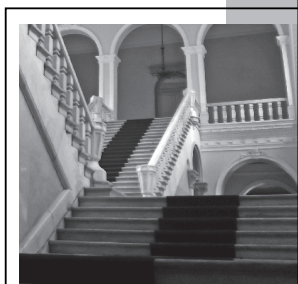
⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 179, 180 e 183.

“el Tribunal Constitucional [dizemos nós: todos os tribunais] no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones”.

Em síntese, do *garantismo (penal) integral* decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção *ativa* dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados.

Integralmente aplicado, o garantismo (positivo e negativo) impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos sem a devida justificativa, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam *dignidade constitucional*, sempre recorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de *direitos fundamentais individuais* implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de *garantismo (penal) monocular*: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma *isolada* (monocular) a necessidade de proteção apenas dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos, o que, como visto, *nunca foi e não é* o propósito do *garantismo (penal) integral*.

Sugestões de Leitura



SUGESTÃO DE LEITURA¹

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano*. Curitiba: Juruá, 2015. 205 p.

Sinopse: “À medida que a sociedade evoluiu, novas formas de interação dos indivíduos originaram diversos e inusitados danos às pessoas, lesando uma vasta gama de interesses jurídicos. No Direito Civil, tais acontecimentos – os danos – são objeto de estudo da seara da responsabilidade civil que, assim como a humanidade, evoluiu em suas teorias acompanhando o desenvolvimento humano, tecnológico e científico. Baseado, então, em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, nacional e estrangeira, esta obra apresenta a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil, os elementos de uma teoria geral e repousa atenção maior na chamada teoria da responsabilidade civil pela perda da chance. Estrangeira de nascimento, essa teoria, em sua vertente clássica, cuida das situações em que o indivíduo, inserido em um processo aleatório, em razão de um fato ou ato lesivo de outrem, é privado da possibilidade de atingir um resultado útil ou evitar um prejuízo, de modo que é impossível afirmar-se qual seria o final do referido processo. Imiscuindo-se nas origens da teoria, o estudo apresenta o panorama de surgimento da teoria e sua relevância atual. Dispensa maior atenção, entretanto, na análise da natureza jurídica dessa modalidade de dano, preocupando-se em abordar as teses de enquadramento como modalidade de lucro cessante, dano emergente ou terceira modalidade de dano patrimonial, ou, ainda, como nuance do dano moral, no intuito de, definida a natureza jurídica, oferecer critérios e parâmetros para a quantificação do dano pela perda da chance. Isso porque as diferentes qualificações jurídicas atribuídas ao dano pela perda da chance implicam em diversas consequências, e o estudo demonstra a insipiência dos tribunais brasileiros na análise e acolhimento da teoria e a falta de homogeneidade na maneira de proceder à quantificação, o que acaba por impedir a concessão de indenização a casos típicos de aplicação dessa teoria ou então a conceder indenizações de todo destoantes com os padrões propostos pela doutrina e jurisprudência. Em sendo assim, o estudo realizado aponta para a completa admissibilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda da chance e sugere critérios a serem adotados para o momento de, reconhecido o direito, proceder-se a quantificação do montante indenizatório.”

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. 179 p.

Sinopse: “O estágio atual de discussão sobre esse novel instituto vem se prestando a muita desinformação, resistência e preconceito, resultado da ausência de dedicação de nossa

¹ As sinopses foram retiradas dos sites das editoras.

doutrina a um dos direitos expressamente previstos em tratados e convenções já firmados pelo Brasil. O livro presta-se, portanto, à análise do instituto da audiência de custódia, de modo a que se possa averiguar os (des)acertos no trato a ela dispensado pelo Poder Judiciário e Poder Legislativo, apresentando algumas linhas de discussão que não vêm sendo abordadas pela escassa doutrina nacional que se dedicou a esse tema até o momento.”

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Investigação Criminal: O controle externo de direção mediata pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2016. 442 p.

Sinopse: “A presente obra analisa o sistema brasileiro de controle de direção da investigação criminal. Para tanto, analisa como outros países estruturam a direção da investigação criminal, no relacionamento ordinário de coadjuvação entre Polícia e Ministério Público. Expõe os papéis dos sujeitos processuais na fase investigativa no Brasil, defendendo que o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público projeta efeitos sobre o controle da efetividade da investigação criminal, como forma de assegurar a indisponibilidade da persecução penal (LC 75/1993, art. 3º, “d”). O autor defende que, no Brasil, há uma direção imediata da direção da investigação criminal pelo Delegado de Polícia e um controle mediato pelo Ministério Público, através da fiscalização obrigatória da atividade policial e das requisições de diligências de caráter obrigatório. Analisa como se manifesta concretamente esse controle diretivo mediato pelo Ministério Público, através da fiscalização das notícias de crimes que não geram instauração de inquérito, recomendações genéricas, a tipificação provisória das condutas, os requerimentos de medidas cautelares e ainda a eventual investigação criminal direta. Tudo num quadro de colaboração recíproca, marcada pelo respeito à autonomia técnica e tática das forças policiais.”

CARVALHO, Newton Teixeira (Coord.), REIS, Émilien Vilas Boas (Coord.); RIOS, Mariza (Coord.) et al. *Estado de exceção ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. 152 p.

Sinopse: “A obra tem como tema fundamental a exceção que ocorre muitas vezes nas questões relacionadas ao meio ambiente. O fato das questões ambientais estarem em voga, não significa que atitudes arbitrárias por parte do legislativo, do executivo e do judiciário não estejam ocorrendo, além, é claro, de alguns interesses escusos da iniciativa privada estarem sendo levados em consideração ante tais questões. O livro reúne pesquisadores de quatro instituições de ensino superior diferentes e de professores catedráticos da Espanha que refletem sobre os vários aspectos do Estado de Exceção Ambiental.”

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Ação nacional em defesa dos direitos fundamentais: Defesa dos direitos das pessoas em situação de rua; Guia de atuação ministerial*. Brasília (DF): CNMP, 2015. 141 p.

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

Sinopse: “Este guia de atuação pretende auxiliar os membros do Ministério Público nacional na viabilização do conjunto de direitos das pessoas em situação de rua, em especial os do âmbito da política pública de assistência social, bem como da Política Nacional para a população de rua (Decreto Federal n. 7.053/2009). No desiderato de cumprir essa missão, este documento conta com material de apoio, legislação, jurisprudência e peças processuais e extraprocessuais para facilitar a atuação dos membros do Parquet nacional.”

DUTRA, Lincoln Zub (Coord.). *Dumping Social no Direito do Trabalho e no Direito Econômico*. Curitiba: Juruá, 2016. 314 p.

Sinopse: “Atualmente, a sustentabilidade do sistema capitalista passa pela regularidade dos mercados internos, os quais refletem as antigas práticas internacionais, na medida em que, no geral, são impulsionadas por capital estrangeiro. Assim, as práticas concorrenciais em determinado país interferem nos arranjos econômicos mundiais, com influência decisiva sobre a eficácia dos direitos sociais. Nesta toada, urge salientar que os direitos sociais também constituem fundamento do Estado Democrático de Direito em que estamos inseridos, razão pela qual a supressão ou descumprimento de direitos e garantias fundamentais devem ser coibidas e rechaçadas pelo Estado. Desta feita, a noção de que o responsável por um dano que extrapole a esfera das relações privadas, atingindo negativamente a sociedade em que está inserido, deve ser efetivamente coibido de reiterar tal conduta impõe-se como necessária condição de possibilidade da verdadeira instauração de um Estado Social. Nasce, assim, a perfeita aplicabilidade da teoria do dumping social. Refutada sumariamente por alguns, reconhecida por outros, mas de suma importância para a apreciação, tendo em vista sua importância social. Insofismável é, pois, que o conceito de *dumping* social se encontra perfeitamente reconhecível no mercado econômico e capitalista em que estamos inseridos, razão pela qual o Estado, representado pelo Poder Judiciário, não poderá se omitir a devolver as tutelas que lhe estão sendo apresentadas.”

ÉLERES, Paraguassú. *Terreno de marinha e terreno marginal dos rios navegáveis*. Prefácio: Benedito Nunes, Apresentação: Felício Pontes Júnior. [Belém]: [Yangraf Editora], 2014. 303 p.

Sinopse: “[...] tema que afeta todo o Brasil, em especial as cidades litorâneas mas com grande incidência na Amazônia. Trata-se dos terrenos de Marinha e terrenos marginais dos rios navegáveis, duas formas de intervenção territorial que o governo federal pratica contra os Estados. O terreno de Marinha incide nas áreas onde ocorrem as marés, ou seja, quando há movimento vertical diuturno das águas até à altura de 5 centímetros e a referência para determinar a faixa de 33 metros do terreno de Marinha e dos acrescidos é a linha do preamar médio de 1831, o que é topograficamente impraticável de fazer, R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

pois não existem marcas das marés, confiáveis, implantadas naquele ano em qualquer parte do Brasil e por isso, toda demarcação não é juridicamente correta, por causa da inexatidão dessa linha imaginária, até por que deve-se considerar a elevação do nível das mares, fenômeno cientificamente comprovado pelo aquecimento do planeta, e por isso, a linha do preamar médio de 2009 não é a mesma de 1831.” (O autor).

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *Proporcionalidade, bem jurídico e tutela penal do meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 184 p.

Sinopse: “O livro trata da colisão entre os princípios clássicos do direito penal (intervenção mínima e seus corolários, legalidade estrita, fragmentariedade, subsidiariedade e lesividade) e a necessidade político-criminal de controlar os riscos ambientais através do direito penal. O autor busca harmonizar precaução e intervenção mínima, estabelecendo elementos concretos para a verificação da legitimidade e da proporcionalidade da tutela penal ambiental, conjugando a teoria do risco de Ulrich Beck, o funcionalismo penal de Roxin e a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, de modo a possibilitar uma atuação que evite não só o excesso, mas também a proteção deficiente.”

FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações regulatórias*. Prefácio: Sérgio Guerra, Apresentação: Egon Bockmann Moreira, Posfácio: Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 208 p.

Sinopse: “Do talento do autor, Rafael Vêras, melhor do que eu, que o acompanho desde cedo em sua rápida ascensão, podem dar veraz testemunho os seus examinadores na FGV-RJ, Sérgio Guerra – seu orientador –, Floriano de Azevedo Marques Neto e Egon Bockmann Moreira, uma banca de alto nível que aprovou com distinção a sua dissertação de mestrado em regulação, da qual este livro é uma adaptação, incorporada dos resultados da arguição. Os temas suscitados pelo instituto da regulação – cada vez mais empregado no país, tal como o tratado neste livro, dirigido à proteção patrimonial das partes mais frágeis da tríplice relação regulatória, os usuários de bens e serviços face aos poderes públicos e às empresas – têm importância não apenas teórica, mas eminentemente prática para advogados e estudiosos do direito administrativo. (Por Diogo de Figueiredo Moreira Neto)”

GRECO, Rogério. *Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas*. Niterói, RJ: Impetus, 2016. 369 p.

Sinopse: “O sistema prisional agoniza, enquanto a sociedade, de forma geral, não se importa com isso, pois crê que aqueles que ali se encontram recolhidos merecem esse sofrimento. Esquecem-se, contudo, que aquelas pessoas, que estão sendo tratadas como

seres irracionais, sairão um dia da prisão e voltarão ao convívio em sociedade. Assim, cabe a nós decidir se voltarão melhores ou piores. O autor espera, sinceramente, que, após a leitura deste trabalho, fruto de intensa pesquisa, conjugada com a sua experiência na área criminal, o leitor possa refletir melhor sobre o sistema prisional, enxergando no preso um ser humano que, antes de tudo, precisa ter um encontro verdadeiro com o Deus vivo, que é capaz de transformar vidas.”

HOOG, Wilson Alberto Zappa. *Produção de provas na arbitragem*. Lei de arbitragem 9.307/96. Curitiba: Juruá, 2016. 205 p.

Sinopse: “Esta obra foi desenvolvida especificamente para a formação de árbitros, contadores, administradores, economistas, engenheiros e demais profissionais que trabalham na arbitragem. **No meio profissional:** Destina-se aos profissionais que trabalham com a arbitragem e os seus meios de provas, em decorrência da sua forte característica de cientificismo, sendo indicada como um guia geral de fundamentações, quer seja pela sua força doutrinária de interpretações da Lei de Arbitragem, quer pelo fator da metodologia e de argumentações. É indicado também como um referente de amplo aspecto na implantação de um programa de aperfeiçoamento ou desenvolvimento de programas de educação continuada para os profissionais da arbitragem, podendo ser aplicado às altas fundamentações científicas. É recomendado para ser usado como um manual geral de arbitragem, perícia e fundamentações científicas nas várias formas possíveis de litígios que envolvem os bens e direitos patrimoniais disponíveis. **No meio acadêmico:** Recomendamos esta obra como bibliografia-base para a disciplina de arbitragem nos cursos de pós-graduação, além de servir como leitura complementar quando da elaboração de artigos, monografias, dissertações e teses. **No sentido geral da aplicação da obra:** Sugerimos esta obra aos profissionais da arbitragem de um modo geral, distinguindo-se arbitragem de direito de equidade. Logo, para ser árbitro avulta a necessidade de uma especialização na matéria, independentemente deste conhecimento ser científico ou empírico. E ambos são tratados na obra.”

LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. *A eficácia do mandado de segurança nos juizados especiais*. Leme, SP: Mundo Jurídico, 2015. 275 p.

Sinopse: “O Estado democrático de Direito assegura o direito de ter direitos, exercido concretamente com a possibilidade de se recorrer a uma variedade de mecanismos de proteção que promovam a tutela preventiva e repressiva da agressão aos direitos, ensejando um pleno acesso à justiça. O processo é o instrumento previsto na Constituição para a proteção e para a realização do direito violado ou ameaçado de violação, residindo aqui a sua natureza instrumental e a preocupação com a efetividade do processo. R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

Para a efetividade do processo, isto é, para que se obtenha a completa consecução de sua finalidade oficial de excluir conflitos e realizar a justiça, é necessário superar os óbices que ameaçam a boa qualidade de seu produto final, ou seja, a sentença. Dessa forma, de nada adianta um processo que se caracterize por uma justiça tardia ou que apresente procedimentos ou institutos que na prática não sejam capazes de garantir de forma eficaz a proteção dos direitos. Na busca pela efetividade do processo, o legislador tem realizado inúmeras modificações na sistemática procedimental vigente no direito brasileiro. O denominado caráter instrumental do processo motivou inúmeras modificações legislativas, proporcionando o rompimento de muitos obstáculos à efetividade de direitos. Contudo, ainda restou muito espaço para a inefetividade, quer pela ausência, ainda, de instrumentos capazes de movê-la em certas áreas, quer pela utilização equivocada do instrumental existente e potencialmente eficaz. A lei que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais procurou, na prática, garantir o acesso à justiça, permitindo que os Juizados sirvam de pólos de informação de direitos, quaisquer que sejam e facilitando o acesso das classes menos favorecidas ao Judiciário. Diante disso, a proposta do trabalho, sem a pretensão de esgotar o assunto, objetiva rever os conceitos de acesso à justiça e competência, no intuito de buscar defender a ideia de que a utilização do critério objetivo para a definição da competência territorial administrativa dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e da adaptação do mandado de segurança nesses casos.”

LIMA, Manoel Pedro Ribas de. *Antinomias*: Da modulação da estrutura da norma frente aos relacionamentos intersubjetivos. Curitiba: Juruá, 2016. 288 p.

Sinopse: “A concepção de norma, tal qual hoje corrente, data de quatrocentos anos. Coincidente com a formação do Estado soberano, ela foi convergida em imperativo. Projetam-se comportamentos sobre destinatários, aguardando deles, coativamente, a admissão e a satisfação das prescrições. Juristas modernos alimentaram-na, entretanto, como concepção única e essencial, sobrepondo-a sobre toda a história. A história humana conhecida estende-se por aproximadamente cinco milênios. Some-se a isso o fato de que foi Platão quem cogitou à norma um papel diretivo (embora ainda não cogente). Platão, por sua vez, figura no ponto médio da história e na sua parcela ocidental. Portanto as possibilidades abertas para diferentes concepções normativas são elevadas à um expoente incerto. Trilhando com rigor e seriedade essa possibilidade, o autor pôde perceber diferentes estruturas para a norma, não só na história, mas, antes, no contexto atual brasileiro. Abordando as principais delas, percebem-se entendimentos distintos do ato jurídico, modos de classificar esse ato como válido, maneiras próprias de desencadeamento de efeitos e capacidade ou não de imputação. Longe de apenas deveres, as normas contemporâneas também estabelecem condições, instrumentos, virtudes, barreiras. Dessa multiplicidade, o autor se viu obrigado a desconstruir

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

o conceito de norma, identificando sua maior carência: a intersubjetividade. Não se refere aos distintos grupos para os quais as normas são destinadas, mas a vigência das normas entre seus diversos destinatários. Questionou-se como cidadãos agem uns com os outros imersos na constelação de prescrições vigentes. **Antinomias** surge como verdadeiro contraponto crítico do pensamento jurídico contemporâneo, indispensável para qualquer aprofundamento do fenômeno normativo.”

MARTINS, Thiago Penido. *Contratos de Planos de Saúde: O Direito à Saúde nas Relações Jurídicas entre as Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e Seus Beneficiários*. Curitiba: Juruá, 2016. 270 p.

Sinopse: “A presente obra tem como objetivo realizar minucioso e pormenorizado estudo acerca da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, especialmente do direito fundamental à saúde no âmbito das relações jurídicas entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários. Seu intuito é contribuir para o desenvolvimento dos debates existentes, na tentativa de encontrar soluções adequadas à proteção e garantia da máxima efetividade do direito fundamental à saúde e, ao mesmo tempo, assegurar a necessária segurança jurídica a essas relações, mediante a proteção da autonomia privada e liberdade contratual. Podem as operadoras de planos privados de assistência à saúde serem compelidas judicialmente a cobrir procedimentos médicos e hospitalares não considerados obrigatórios pela legislação ou que não sejam objetos do contrato celebrado, em nome da eficácia direta do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas particulares? Podem ser compelidas a prestar os serviços médicos e hospitalares àqueles beneficiários que não cumpriram o período de carência ou que estejam em situação de inadimplência? Em que medidas os particulares estão obrigados a assegurar e realizar direitos fundamentais sociais de natureza prestacional a outros particulares? Essas são algumas das instigantes indagações que a presente obra pretende enfrentar a partir da releitura da teoria dos direitos fundamentais.”

MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão preventiva na lei 12.403/11: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a convenção americana de direitos humanos*. São Paulo: JusPODIVM, 2016. 492 p.

Sinopse: “O objetivo primordial do trabalho foi analisar as principais alterações sofridas pela Lei 12.403/2011, em especial os seus pontos controvertidos, à luz do direito comparado – Itália, Portugal e Chile – e da Convenção Americana de Direitos Humanos, notadamente a partir das decisões de sua intérprete originária, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A linha de pesquisa presente ao longo de todo o trabalho é a desenvolvida por Antonio Scarance Fernandes ao longo de diversos R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

anos no Departamento de processo penal da Faculdade de Direito da USP, baseada na busca de equilíbrio entre a eficiência e o garantismo. Buscou-se aprofundar-se no tema da prisão preventiva, sobre o qual muito já se escreveu, mas, paradoxalmente, ressentia-se de profundidade no estudo de determinados temas. O intuito, assim, foi de verticalizar o estudo, mas sem, em momento algum, perder de vista que o moderno processo penal deve ser focado apenas em resultados práticos e concretos, afastando-se de discussões meramente teóricas, dissociadas de resultados práticos. Se o objetivo foi ou não alcançado, somente o leitor poderá responder. Mas se o trabalho puder contribuir para o debate e para a evolução do tema, certamente teremos alcançado nosso maior objetivo.”

MENDONÇA, Jurilza Maria Barros de. *Idosos no Brasil*. Políticas e cuidados. Curitiba: Juruá, 2016. 206 p.

Sinopse: “[...] obra primorosa, importante, necessária e inédita. Fruto de uma bela tese de doutorado, ela representa a síntese do crescimento intelectual de Jurilza Barros de Mendonça, sua autora, uma profissional do serviço social que dedicou boa parte de sua carreira a liderar ações e intervenções visando à implementação da Política Nacional do Idoso e do Estatuto do Idoso. No livro, essa funcionária pública exemplar se soma à pesquisadora diligente que estuda e analisa as normativas nacionais e internacionais e produz um importante trabalho de campo na Europa, onde a experiência de cuidados com idosos já existe há décadas, de forma organizada e coordenada, no marco do Estado de Bem-Estar Social. Ai, a atenção é dada tanto à população ativa para que aproveite da melhor forma possível seu tempo livre, como às pessoas dependentes a quem são oferecidos cuidados adequados segundo o grau de sua incapacidade funcional. [...] Pela riqueza reflexiva de informações e pelos temas cruciais dos quais trata, este é um livro obrigatório para todos aqueles que, se debruçam sobre a situação da pessoa idosa no Brasil. Pode-se dizer que, em nosso país, apenas se tangencia a discussão levantada nesta obra. Por isso, ela se torna uma referência no cenário acadêmico e de gestão. Não menos importante, ela legitima, do ponto de vista da produção de conhecimento, a brilhante carreira de uma funcionária pública exemplar que honra a todos nós que com ela compartilhamos a vida, o trabalho e os sonhos de um Brasil melhor.”

MOREIRA, Luciana Maria Reis. *Alienação Parental*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2015. 123 p.

Sinopse: “O presente estudo tem como principal objetivo identificar e descrever, por meio de argumentos e construções teóricas, o fenômeno da alienação parental, avaliar os principais métodos de resoluções do conflito e apresentar novas perspectivas para a

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

solução das divergências existentes no conflito paterno-materno-filial, tomando como base os ditames trazidos pela Lei n.12.318/2010.”

PARÁ. Ministério Público. *Memórias do Ministério Público do Estado do Pará*. Coordenador: Jorge de Mendonça Rocha, Consultor: Thiago Bezerra Vianna, Organização: Comissão do Projeto Memória do Ministério Público do Estado do Pará. Belém: Ministério Público do Estado do Pará, 2015. 200 p. il. ; Fotos.

Sinopse: “Os primórdios do Ministério Público. Evolução histórica no Estado do Pará. As estruturas. A Associação do Ministério Público do Estado do Pará. Evolução nas constituições brasileiras. Período Imperial. O Palácio Antônio Lemos. AMPEP - Associação do Ministério Público do Estado do Pará. Projeto Memória do Ministério Público do Estado do Pará.” (Retirado do Sumário).

PARIZATTO, João Roberto. *Ação de exigir contas no novo Código de Processo Civil*. Leme: Edipa, 2015. 271 p.

Sinopse: “Finalidade da ação; Natureza jurídica; Legitimidade; Procedimentos; Processamento; Apresentação das contas em forma mercantil; Execução do saldo credor; Contas do inventariante, tutor, curador, depositário e de outro qualquer administrador; Aspectos processuais; Hipóteses de cabimento da ação; Prática forense; Fluxogramas.” (Retirado do Sumário).

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. São Paulo: JusPODIVM, 2016. 351 p.

Sinopse: “[...] A utilidade do livro para o leitor é evidente, tanto para o estudioso do Processo Civil, quanto para aqueles que pretendem aplicar os institutos na prática. Especialmente à luz da recente edição do novo Código de Processo Civil, o tema tratado por Ravi assumiu outra dimensão, e certamente será um dos grandes pilares do sistema instituído pelo CPC/2015, que reforçou o papel dos precedentes, exigindo da doutrina e da praxis o desenvolvimento de técnicas aplicativas para sua correta compreensão e adequada aplicação, especialmente diante da possibilidade de superação do precedente, que pede instrumentos de proteção àqueles que programaram suas relações jurídicas com base na expectativa de manutenção do entendimento anterior. Nesse contexto, o livro de Ravi tem todas as condições de tornar-se consulta obrigatória por apresentar soluções práticas para problemas de difícil equacionamento. Por todos esses motivos, pelas qualidades do autor e da obra, recomendamos vivamente a todos a leitura do presente texto.”

PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. *O overruling como fundamento para a revisão criminal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015. 266 p.

Sinopse: “A crise do princípio da legalidade e as suas consequências no direito penal e no processo penal já vêm sendo objeto de alerta e análise há anos. Uma das conquistas da Revolução Francesa foi a separação entre as funções de legislar e julgar, isto é, criar a lei, de um lado, e simplesmente aplicar a lei já perfeita e completa em seu significado, de outro. Tal dicotomia, contudo, foi concebida em um modelo que considerava que a lei era fruto da razão e essencialmente correta, sendo o juiz apenas e tão-somente a “bouche de la loi”. Atualmente, contudo, a lei, até mesmo porque deve se adaptar à dinâmica da vida social e econômica, cada vez mais está impregnada de conceitos jurídicos indeterminados, com conteúdos amplos e genéricos, que exigem um processo hermenêutico complexo, para não se dizer complementar à atividade legislativa.”

PINHEIRO, Célia Regina de Lima (Coord.); SALES, José Edvaldo Pereira (Coord.); FREITAS, Juliana (Coord.). *Comentários à Lei das eleições*: Lei nº 9.504/1997, de acordo com a Lei nº 13.165/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 368 p.

Sinopse: “Os comentários presentes na obra foram elaborados com o objetivo de fornecer ao leitor uma visão geral e aprofundada da Lei nº 9.504/97, artigo por artigo. Vários apontamentos jurisprudenciais são feitos com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e Tribunal Regional Eleitoral do Pará (TRE/PA). Os comentários estão atualizados de acordo com as últimas – minirreformas - eleitorais, a saber, a Lei n. 13.165/2015, e também com os mais recentes pronunciamentos das cortes superiores sobre a matéria.” (Retirado da Editora Livraria do Advogado).

PORTUGAL, Carlos Giovani Pinto. *Responsabilidade civil por dano ao projeto de vida*: direito civil contemporâneo e os danos imateriais. Curitiba : Juruá, 2016. 228 p.

Sinopse: “A Responsabilidade Civil tem passado por significativas alterações que indicam profunda mudança de seus critérios valorativos. Isso se identifica por meio da estimulação revigorante da normatividade dos direitos fundamentais. Nessa linha, o presente livro analisa a estrutura dos danos à pessoa humana buscando superar o lapso encontrado entre a necessária aplicação aberta e principiológica das normas fundamentais de proteção à pessoa e uma dogmática segura na compreensão do dano imaterial ressarcível. Repensa a Responsabilidade Civil a partir do sopro revigorante da repersonalização, indicando a consolidação de um verdadeiro “Direito de Danos”. A partir de uma compreensividade expandida do chamado dano extrapatrimonial busca-se denunciar uma sobreposição confusa e inadequada de conceitos, como os de “dano

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

moral”, “dano existencial”, “dano biológico”, “dano à saúde”, e “dano ao projeto de vida”. A partir de sólidas posições multidisciplinares e análise jurisprudencial nacional e estrangeira, a obra demonstra a necessidade de uma reconfiguração da categoria genérica dos danos à pessoa, proporcionando uma evolução da Ciência do Direito de Danos adequada aos novos tempos de constante influxo constitucional, perseguindo o ideal propugnado pelo princípio da restituição integral.”

ROCHA, Marcelo Hugo da (Org.). *Tutela provisória: à luz do novo Código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2016. 238 p.

Sinopse: “Em tempos de um Novo Código de Processo Civil, afigura-se relevante estudar, de forma aguçada, a tutela provisória e o seu procedimento, compreendendo sua estrutura para o bom funcionamento do processo, seja para a Advocacia, Magistratura ou para as demais atividades que participam da jurisdição. Merece destaque que esta profunda obra coletiva parte do estudo dos fundamentos constitucionais da tutela provisória no novo Código de Processo Civil, passando ainda: a) Introdução à tutela provisória; b) A litisregulação: da tutela provisória: uma homenagem à profecia tesheineriana; c) Aspectos procedimentais da tutela de urgência satisfativa requerida em caráter antecedente; d) Estabilidade da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015; e) Tutela de urgência cautelar; f) Medidas cautelares nominadas e inominadas no regime do novo Código de Processo Civil; g) Da tutela da evidência no novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015; h) As tutelas provisórias no direito de família; i) A tutela provisória no Processo do Trabalho; j) As tutelas provisórias nas ações coletivas. Aliam-se, nesta obra, as clássicas noções do direito processual como ciência, dando sólida compreensão aos que puderem conhecer este texto. Somam-se ao conhecimento a juventude e ousadia de pensar o Direito sem amarras a velhos e superados paradigmas. Dessa forma, o tema objeto desta coletânea de artigos, sem dúvida, é da maior relevância, pois se trabalha de forma objetiva, mas muito profunda, a normatividade da tutela provisória no novo Código de Processo Civil, visando a demonstrar ser o processo o campo de efetividade da tutela jurisdicional.”

RUTHES, Igor Fernando Ruthes. *Interceptação Telefônica: A legalidade das prorrogações das escutas telefônicas no âmbito da investigação criminal*.

Sinopse: “A presente obra visa averiguar se as decisões que prorrogam por diversas vezes as interceptações telefônicas possuem respaldo constitucional, principalmente no que tange aos direitos fundamentais. Para cumprir tal mister, no primeiro capítulo foi tratado o direito fundamental à intimidade, bem como a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais. No segundo capítulo foram abordados os discursos que embasam as decisões do Supremo Tribunal Federal. No terceiro e derradeiro capítulo, foi tratado R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

do conteúdo de um núcleo essencial dos direitos fundamentais que impediriam as prorrogações sucessivas das intercepções telefônicas.”

SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde e judiciário: a atuação judicial, limites, excessos e remédios*. Curitiba : Juruá, 2016. 465 p.

Sinopse: “A presente obra trata de um dos fenômenos mais problemáticos da relação entre Judiciário e políticas públicas, precisamente o caso da saúde. Todos os dias inúmeras decisões judiciais ordenam que a Administração Pública entregue medicamentos, interne, compre próteses e equipamentos, forneça home care, dentre outros itens que não necessariamente condiriam com as políticas oficiais de saúde. A grande questão que surge dessa modalidade de interferência judicial no desenho da saúde é que ela acentua a crise na execução dos planos e programas da Administração Pública, que terminam por alimentar o Sistema Único de Saúde – SUS, com o que, no fim e paradoxalmente, prejudicam a população que deveriam atender. O livro apura que o modo predominante como os juízes lidam com demandas de saúde é errático e irracional, baseado no que ali é intitulado como argumento linear, que desconsidera os efeitos da multiplicidade de decisões nas políticas de saúde, principalmente considerando-se o aspecto do financiamento dessas políticas. Aponta a judicialização da questão como inescapável, diagnosticando, então, os grandes problemas e encaminhando soluções que envolvem desde o desenho do Judiciário e adoção de paradigmas a serem necessariamente observados pelo magistrado na tutela judicial da saúde até a criação de mecanismos que podem tornar mais racional essa tarefa.”

SILVA, José Adaumir Arruda da. *A privatização de presídios: uma ressocialização perversa: (in) compatibilidade com o estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Revan, 2016. 164 p.

Sinopse: “O tema foi objeto da pesquisa de mestrado do autor, aborda a privatização de presídios no Brasil e o modelo alternativo de gestão prisional que se pretende implantar através de parcerias público-privadas. Analisa, à luz da criminologia crítica, que esse modelo não resolve a questão penitenciária do Brasil e só atende ao interesse neoliberal.”

SILVA, Maria Stela Campos da. *Incentivos tributários como política extrafiscal afirmativa ao acesso à saúde*. Prefácio: Calilo Jorge Kzan Neto. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 248 p. ISBN 9788545001416.

Sinopse: “Esta obra é resultado de pesquisa na área jurídica, financeira, tributária e administrativa, sobretudo no que concerne às políticas públicas de saúde, desenvolvida no doutoramento da autora no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

da UFPA. Tomando por base a teoria de filosofia política de Amartya Sen sobre saúde, a partir do enfoque de que ao Estado não cumpre apenas ofertar os serviços à sociedade, competindo-lhe zelar para que a maior quantidade possível de pessoas tenha acesso a esses serviços, e que estejam de acordo com as necessidades de cada qual, a pesquisa é fundamentada no Positivismo Inclusivo para demonstrar, após uma análise comparativa com estruturas de renúncia de receita na área de saúde em outros países, a quantificação das renúncias de receita em geral em relação às direcionadas à saúde, sugerindo a implementação no país de técnicas de renúncia de receita que importem em uma obrigatoria contraprestação direta do contribuinte beneficiado, aferível pelo Ente Público. Assim, as isenções onerosas são apresentadas como alternativas aos problemas jurídicos das renúncias de receitas gratuitas, em prol do aumento da distribuição de serviços de saúde de forma mais qualitativa.”

SILVEIRA, Bruna Braga da. *Dinamização do Ônus da Prova nas Ações Ambientais*. Curitiba: Juruá, 2016. 250 p.

Sinopse: “Esta obra tem por objetivo analisar a aplicabilidade da técnica processual de dinamização do ônus da prova nas ações ambientais. Verificando-se que a distribuição estática do ônus da prova importa, em alguns casos, empecilho à prestação jurisdicional efetiva, busca-se demonstrar de que forma a dinamização, por operar uma conformação constitucional da disciplina do ônus probatório, estaria apta a auxiliar em uma melhor instrução processual. Para tanto, foram eleitos dois eixos de análise: o primeiro com análise das especificidades do direito ambiental (crise ambiental, riscos, princípio da precaução, responsabilidade civil e as peculiaridades do nexo de causalidade) que exigem uma postura mais ativa do magistrado em matéria probatória visando adequar o direito processual às exigências do direito material tutelado; o segundo, com análise da técnica de dinamização, seus fundamentos, critérios, limites e momento adequado de aplicabilidade. Com essas bases, parte-se para a análise específica da dinamização nas ações ambientais, verificando de que forma as características intrínsecas das ações ambientais podem importar em desigualdade probatória e, assim, demandar a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova.”

SILVEIRA, Marilda de Paula. *Segurança jurídica, regulação, ato: Mudança, transição e motivação*. Prefácio: Florivaldo Dutra de Araújo. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 244 p. ISBN 9788545001492.

Sinopse: “O foco desta obra é a necessidade de estruturar um regime de transição nas decisões administrativas que possam implicar alterações nas situações jurídicas dos seus destinatários, tema desenvolvido a propósito, tanto da extinção e da modificação dos atos administrativos de efeitos concretos, quanto das alterações decorrentes de R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

atos normativos. Resultado de uma pesquisa de doutorado, deveria mesmo — como é pressuposto de toda tese — trazer uma contribuição inovadora ao Direito. No entanto, dada a complexidade do tema e da sua pouquíssima exploração pelos estudiosos, o estudo teve que se mostrar especialmente inovador, vindo a lume como um texto que abre novos caminhos no seu campo de investigação.”

SILVEIRA, Edson Damas da; CAMARGO, Serguei Aily Franco de (Coord.). *Socioambientalismo de fronteiras: desenvolvimento regional sustentável na Amazônia*. Curitiba: Juruá, 2015. 240 p.

Sinopse: “[...] os dois primeiros capítulos tratam da territorialidade, ingrediente essencial na formação de identidades étnicas e culturais em diversos países da América. O capítulo seguinte aborda a morte de uma criança indígena em um mutirão para limpeza de uma escola indígena, e a luta da mãe, na busca da responsabilização da instituição. O próximo capítulo discorre sobre a dicotomia entre norma e cultura indígena ao tratar do estupro de vulnerável praticado por índio. Segue mais um capítulo que aborda a gravidez entre as adolescentes indígenas na região Amazônica, encerrando assim, o bloco dedicado a minorias étnicas, cultura, autodeterminação, territorialidade e conflitos com o Estado. O segundo bloco inicia com a pesca e o acordo de pesca na APA Nhamundá, seus conflitos e formas tradicionais de composição. A pesca é abordada na sequência como serviço ambiental, onde a participação dos atores no esquema de pagamento é analisada. Por fim, o último capítulo trata de um assentamento rural instituído pelo INCRA em Roraima, onde os autores buscam traçar a linha que conduz os assentamentos rurais como instrumentos de inclusão social regional. Apresentamos assim este volume, na esperança de contribuir para a discussão sobre o Socioambientalismo na Amazônia, a partir de uma rica complexidade de relações sociais, que extrapolam nossas fronteiras.”

TAVARES, André Ramos (Coord.); AGRA, Walber de Moura (Coord.); PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo código de processo civil*. Prefácio: Paulo Henrique dos Santos Lucon. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 485 p. ISBN 9788545001331.

Sinopse: “Este livro tem o objetivo de demonstrar os efeitos provocados pelo novo Código de Processo Civil no Direito Eleitoral. Esses efeitos são de uma extensão indefinida, haja vista que as delimitações não são precisas, sendo definidas no decorrer do tempo com a consolidação doutrinária e jurisprudencial. Os paradigmas gerais são as conceituações de subsidiariedade e de complementaridade, que são termos abertos, no que também não oferecem uma precisão conceitual. Os artigos que foram reunidos são a oportunidade para que esse debate tenha início, com o escopo de desenvolver o direito processual eleitoral.”

TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPODIVM, 2016. 282 p.

Sinopse: “[...] sem dúvida alguma o melhor trabalho sobre o tema já publicado no Brasil. O livro é fruto de brilhante dissertação de mestrado, aprovada com nota máxima na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), pela qual a autora obteve o título de Mestre em Direito Processual. O resultado de inteligência, disciplina e criatividade pode ser visto no presente livro. Num momento em que o leitor, pela efervescência do mercado editorial sobre o novo CPC, é sufocado por uma quantidade absurda de livros e artigos sobre o direito processual, que pouco ou nada acrescentam, limitando-se a “copiar e colar”, travestindo com o rótulo de “tese” meras resenhas bibliográficas, o texto de Sofia Temer é um verdadeiro oásis. Comecei dizendo que o presente livro é sem dúvida o melhor que já se produziu sobre o IRDR no país. E o é, de um lado, porque a autora exauriu as referências bibliográficas. Nada de relevante passou despercebido, todas as opiniões foram consideradas, estabelecendo-se um diálogo com várias escolas e gerações. Por outro lado, o trabalho esgota também o debate e a crítica em torno das questões centrais a respeito do tema. Sofia não escolheu o caminho mais fácil: as indagações e controvérsias, das mais basilares para a compreensão do IRDR até as mais complexas, todas foram enfrentadas pela autora com boa técnica e rigor científico, sem descuidar da estética (asseio, clareza e elegância são apenas algumas das virtudes literárias do texto). A autora também dá grande apelo prático às questões abordadas, fazendo com que o livro seja uma relevante e indispensável ferramenta tanto para os advogados, juízes, defensores públicos e membros do MP - que terão que trabalhar com o instituto no cotidiano forense - quanto para os estudiosos do direito processual.”

VANRELL, Jorge Paulete. *Perícias médicas judiciais*. Leme: JH Mizuno, 2015. 470 p. : il.

Sinopse: “Ante os avanços do atual estado da técnica, da evolução dos procedimentos de diagnóstico e da moderna orientação jurisprudencial, esta edição inclui novidades. Além de dividir seu conteúdo de acordo com os temas mais momentosos das lesões que resultam de traumas cotidianos, teve de incluir conceitos bioéticos – que devem nortear o dia a dia pericial – e noções de Auditoria Médica que complementam a avaliação dos casos e atribuição das responsabilidades. [...] O exame dos Procedimentos Diagnósticos por Imagens, além da metodologia em Teletermografia e os Exames Práticos mais recentes (tipo Flexiteste), formam o núcleo funcional. Por derradeiro, o autor, dedicado há mais de trinta anos a perícias no âmbito da Medicina Legal, reúne nesta obra uma série de conceitos fundamentais.”

VILLAR, Pilar Carolina. *Aquíferos transfronteiriços: governança das águas e o Aquífero Guarani*. Curitiba: Juruá, 2015. 288 p.

R. Minist. Públ. Est. PA, Belém, v.9, n. 9, 2016.

Sinopse: “A crise hídrica redirecionou os holofotes para os aquíferos transfronteiriços, o que demonstrou sua vulnerabilidade e a necessidade de inseri-los nas políticas hídricas. A presente obra analisa como a governança das águas doces incorporou os aquíferos transfronteiriços e quais são as estratégias para combater os riscos que ameaçam esses recursos, com foco no caso do aquífero Guarani. Dessa forma, se examina como o Direito Internacional, as organizações internacionais e os Estados promoveram a sua governança e gestão por meio da cooperação internacional. O Direito Internacional das Águas Doces ainda é orientado para os recursos hídricos superficiais, porém a aprovação da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 63/124 (2008) - o Direito dos Aquíferos Transfronteiriços - e os documentos produzidos pela comunidade epistêmica jurídica demonstram a intenção de construir um marco jurídico específico para a dimensão oculta do ciclo hidrológico. Paralelamente, diversas organizações internacionais buscaram traçar diretrizes para esses recursos, tendo elegido a gestão integrada e a boa governança das águas como a melhor forma de protegê-los. Esses conceitos convidam a um aprofundamento da cooperação e a constituição de acordos conjuntos para o uso e proteção compartilhados, porém apresentam diversas limitações e não questionam o cerne da crise hídrica, que é a racionalidade econômica dominante. A análise do processo de cooperação para o Aquífero Guarani demonstra sua relação com esse contexto internacional, bem como reflete os avanços, limitações e contradições existentes na cooperação internacional para os aquíferos transfronteiriços.”